

C. S. NINO:
IN MEMORIAM



**IN MEMORIAM:
CARLOS SANTIAGO NINO.
APUNTES BIO-BIBLIOGRÁFICOS**

Jorge F. Malem Seña *

Universidad Pompeu Fabra



CARLOS Santiago Nino nació en Buenos Aires, República Argentina, el 3 de noviembre de 1943. Casado con Susana Bergstein fue padre de dos hijos: Ezequiel y Mariano. Murió en La Paz, Bolivia, el 29 de agosto de 1993.

Carlos Nino se graduó de abogado con Diploma de Honor por la Universidad de Buenos Aires en 1967 y se doctoró en Filosofía en el área de Jurisprudencia por la Universidad de Oxford diez años después, en 1977.

* Este trabajo ha sido posible gracias a la ayuda prestada por la Dirección General de Investigaciones Científica y Técnica al equipo investigador de Filosofía del Derecho de la Universidad Pompeu Fabra y a la ayuda de la DGICYT del programa de movilidad de investigadores españoles que me permite mi estancia en la Universidad de Yale en el curso 1993-94.

Desde joven se pudo advertir en él una clara vocación por la tarea intelectual, que se plasmó en más de una docena de libros y en más de seis decenas de artículos. Carlos Nino unió a su prolífica actividad como investigador una pasión inagotable por la docencia. Fue investigador visitante por las Universidades de Harvard (1977), California —Los Angeles— (1987) y Freiburg —Alemania— (1982). Y pertenecía al Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas de la República Argentina como investigador científico desde 1978. Como docente fue catedrático de Filosofía del Derecho en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, y profesor visitante en las Universidades de Nueva York (1988), Yale (1987, 1989 y 1991-1993) y Pompeu Fabra de Barcelona (1992), entre otras. Lúcido argumentador e impenitente discutiador dictó un sinnúmero de conferencias en diversas Universidades del mundo, de las que convendría destacar las siguientes: San Marcos —Perú—, 1972, Cornell 1977, Frankfurt 1982, Helsinki 1984, Graz 1984, Salzburg 1984, Lund 1984, Autónoma de Madrid 1986, Centro de Estudios Constitucionales de Madrid 1988, San Diego 1989, Academia de Ciencias de Noruega 1990, Pompeu Fabra de Barcelona 1990, Corte Suprema de Guatemala 1991, Pisa 1991, Florencia 1991, Autónoma de Barcelona 1992, etc.

Pero la febril actividad de Carlos Nino no se reducía sólo al mundo de la investigación o de la docencia, su vida también supo de un compromiso político. Ocupó diversos cargos durante el gobierno de Raúl Alfonsín en la República Argentina, entre los que se cuenta: asesor presidencial 1983-1989, coordinador del Consejo para la Consolidación de la Democracia 1985-1989, miembro de la Comisión de Reforma del Código Penal de la Secretaría de Justicia de la Nación 1985. Formaba parte asimismo de una comisión encargada de redactar un proyecto de nueva Constitución para la República de Bolivia. Mientras desarrollaba esa tarea le sorprendió la muerte en mitad de una frase acerca de la ineludible conveniencia de esa nueva Carta Magna.

* * *

Carlos Nino fue un jurista integral. Alejado de los compartimentos estancos de las especialidades académicas que gobiernan nuestras Universidades y que son el fruto más de intereses corporativos que de necesidades científicas e intelectuales o de conveniencia práctica, sus intereses se diversificaron desde el comienzo hacia una amplísima gama de problemas que

abarcaban desde el derecho penal ¹, el derecho constitucional ², el derecho de familia, tema sobre el que estaba preparando un largo ensayo, a los problemas de teoría general de derecho ³, de fundamentos de los derechos humanos ⁴, de teoría ética o de la acción ⁵. Convencido de que no se podía y, por lo tanto, no se debía escindir la tarea política de la tarea intelectual, y persuadido de que la acción política tenía más posibilidades de corrección si estaba precedida por una discusión racional, produjo una serie de trabajos muy interesantes acerca de las razones para implementar determinadas medidas políticas ⁶.

Ahora bien, dado que presentar una descripción pormenorizada del pensamiento de Carlos Nino excedería con creces la dimensión y el objetivo de este trabajo, en lo que sigue me propongo señalar únicamente algunas de sus aportaciones más relevantes en el campo de la filosofía del Derecho, a la vez que trataré de mostrar porqué su obra es importante. Dividiré mi exposición en seis grandes bloques que harán referencia al pensamiento de Carlos Nino sobre los siguientes aspectos: 1. su concepción metaética, 2. su concepción de los derechos humanos, 3. su concepción del derecho, 4. su concepción de la democracia, 5. su concepción de la constitución, 6. su concepción política.

1. Su concepción metaética

Carlos Nino define su concepción metaética como «constructivismo moral», nombre que toma prestado de J. Rawls, y que compartiría un cierto aire de familia con las posiciones sustentadas, entre otros, por B. Ackerman,

¹ Véase, por ejemplo, *El Concurso en el Derecho Penal*, Buenos Aires, 1973; *Los límites de la responsabilidad penal*, Buenos Aires, 1980, o *La legítima defensa. Fundamentación y régimen jurídico*, Buenos Aires, 1982.

² Véase *Fundamentos de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, 1993.

³ Véase *La validez del Derecho*, Buenos Aires, 1985.

⁴ Véase *Ética y derechos humanos*, Buenos Aires, 1984, 2.^a edición, Barcelona, 1989 —por la que se citará—. La versión inglesa contiene algunas reformulaciones, véase *The Ethics of Human Rights*, Oxford, 1991.

⁵ Véase *El constructivismo ético*, Madrid, 1991; *Introducción a la filosofía de la acción humana*, Buenos Aires, 1987.

⁶ Conviene destacar, por ejemplo, *Un país al margen de la Ley*, Buenos Aires, 1992; «The Human Rights Policy of the Argentine Constitutional Government», *Yale Journal of International Law*, vol. 11, 1985; «Transition to Democracy, Corporatism and Constitutional Reform in Latin America», *Miami Law School Journal*; «La legitimidad, estabilidad y eficiencia del presidencialismo», en *Presidencialismo y gobernabilidad en Argentina*, volumen colectivo, Buenos Aires, 1992.

K. Baier, W. Frankena, J. Habermas, T. Nagel, D. Richards y el propio Rawls ⁷.

El constructivismo de Nino, como él mismo reconoce, es deudor de Hobbes y de Kant. Del primero asume fundamentalmente la idea de que la moral cumple determinadas funciones sociales; del segundo, su análisis de los presupuestos formales del razonamiento moral. Ambos aspectos, el hobbesiano y el kantiano, se entrecruzan cuando analiza la moral como una práctica social dirigida a superar conflictos y a favorecer la cooperación a través del consenso, a la vez que se sostiene que esa práctica tiene una estructura formal, y aun sustantiva, que la hace idónea para cumplir esas funciones.

Es sabido, por otra parte, que los desacuerdos éticos más profundos han pivotado tradicionalmente alrededor de dos cuestiones que obviamente están estrechamente interrelacionadas: si existen o no hechos morales y si su conocimiento es o no posible. Nino piensa, sin embargo, que el problema central de la ética no es ontológico ni epistemológico sino conceptual. «En otras palabras, opino que la cuestión que plantean los hechos morales no está relacionada con su existencia o con su conocimiento, sino con su reconocimiento como tales» ⁸.

Por cierto, si el problema es conceptual, se debe responder a él a través de un análisis de conceptos. Si se rechaza cualquier pretensión esencialista, y se acepta por el contrario que los conceptos tienen su origen en convenciones, se deberá concluir que no existe un único concepto de moral. Y que la utilidad de los distintos conceptos dependerá del contexto en que se utilicen y de los fines con que se los use. El concepto de moral ha sido utilizado tanto con fines descriptivos en contextos explicatorios como con fines normativos. Por esa razón, Carlos Nino piensa que al reconstruir los conceptos morales, y el propio de moral que está presupuesto por ellos, se debe hacer mención en primer lugar, a que esos conceptos tienen que servir para identificar una institución social que tiene amplia difusión y vigencia, y que satisface ciertas necesidades básicas de la vida en sociedad. En segundo lugar, esos conceptos han de ser caracterizados de tal modo que no frustren las funciones de esa institución. La primera consideración respondería a preocupaciones descriptivas, la segunda a inquietudes de índole práctica ⁹.

⁷ Véase *Ética y derechos humanos*, pp. 92 y ss. Como en toda familia, las diferencias y semejanzas entre unos y otros son variables.

⁸ Véase *El constructivismo ético*, p. 62.

⁹ *Id.*, p. 66.

Ahora bien, cuando se usa la palabra moral se puede estar haciendo referencia tanto a la moral social o positiva como a la moral crítica o ideal, y no pocos de los desacuerdos éticos se han producido precisamente porque esta distinción y las relaciones entre ambas han pasado inadvertidas. Según Nino, la moral social es el producto de la formulación y aceptación de juicios con los que se quiere dar cuenta de una moral ideal. Sin la aspiración de estar actuando de acuerdo con una moral ideal no habría moral positiva. Por esa razón, hay una prioridad lógica de la moral ideal por sobre la moral positiva. Los juicios a los que se referiría la moral social harían referencia a hechos (por ejemplo, en la sociedad X existe una regla Z que impone ...) y que como tal no puede ofrecer funciones justificatorias. La moral positiva interesa sólo al hombre prudente, que adecúa su comportamiento a la norma por evitar las consecuencias desagradables que conlleva su violación. Pero el hombre moral, es decir, aquél que quiere justificar sus acciones sólo está interesado en la moral ideal. «Paradójicamente, la moral positiva se genera sólo a través de los actos y actitudes del hombre moral y no del hombre prudente. Una moral social se mantiene sólo en la medida en que hay cierta convergencia en los juicios morales críticos que la gente está dispuesta a formular»¹⁰.

De tal manera que si es equivocado confundir la moral social con la ideal también lo es aislar la una de la otra. Las únicas diferencias que habría entre los juicios de una u otra sería que en la primera los juicios son aceptados socialmente (independientemente de que sean válidos), mientras que en la segunda los juicios son válidos (independientemente de que sean aceptados socialmente). Pero si un juicio válido es aceptado, habría una porción de la moral ideal que forma parte de la moral social, y viceversa, si un juicio socialmente aceptado es válido, entonces forma parte también de la moral ideal.

Que las conexiones entre la moral social y la ideal adquieran este entramado complejo significa que para saber qué criterios ha de satisfacer un juicio para ser moral, sea válido o no, según el autor argentino, hay que examinar la práctica moral de la sociedad. Porque si en esa práctica se pretenden formular juicios de la moral ideal (independientemente de si esa formulación es o no correcta) querrá decir que los criterios de validez de los juicios morales están contenidos en esa práctica. Por eso es que cuando se describe la moral de una sociedad se debe hacer referencia no sólo a

¹⁰ Véase *Ética y derechos humanos*, p. 93.

las reglas que allí rigen, sino también a la práctica que en forma de discurso argumentativo se utiliza para dar razones en favor o en contra de ciertas conductas. Estas consideraciones conducen a Nino a un cierto convencionalismo moderado, tema al que haré referencia cuando presente sus críticas al comunitarismo.

Según Nino, la práctica social moral de la que hay que dar cuenta tiene la forma de un discurso. «El discurso moral está dirigido a obtener una convergencia en acciones y actitudes, a través de la aceptación libre por parte de los individuos, de principios para guiar sus acciones y sus actitudes frente a acciones de otros. Este es el rasgo de autonomía de la moral ...»¹¹. De acuerdo a esta caracterización, el discurso moral propuesto por Nino, es en primer lugar un discurso, y eso hace que quede excluido cualquier intento de utilizar la coacción, el engaño o la apelación a cualquier autoridad de cualquier tipo. En segundo lugar, opera a través del consenso. En tercer lugar, el discurso moral implica la adopción de una perspectiva imparcial. Y en cuarto lugar, para que los individuos acepten libremente principios de conducta, éstos deberán satisfacer las siguientes condiciones mínimas. Deben ser principios públicos, es decir, cognoscibles por todos. Deben ser generales, en el sentido de que establecen soluciones normativas no para casos individuales, sino en base a determinadas propiedades y sobre relaciones genéricas. Deben ser supervenientes respecto de las circunstancias de hecho, esto es, las circunstancias fácticas que constituyen las condiciones para que tenga lugar las soluciones normativas han de ser cognoscibles por todos. Los principios también tienen que ser universales, ya que si justifican la acción de una persona, tienen que servir para justificar la de cualquier otra en su misma circunstancia. Y deben ser finales en el sentido de ser una justificación última de acciones y de prácticas.

Por todo ello, los juicios morales que se formulan en la práctica del discurso moral pueden ser caracterizados, siguiendo las propias palabras de Nino, como «un juicio que predica de la acción X que ella es requerida, en ciertas circunstancias definidas por propiedades fácticas de índole genérica, por un principio público que sería aceptado como justificación última y universal de acciones por cualquier persona que fuera plenamente racional, absolutamente imparcial y que conociera todos los hechos relevantes»¹².

Esto, supone en la concepción de Nino, que la moral es un artificio humano que depende de las acciones de los hombres. Y que los juicios

¹¹ *Id.*, p. 109.

¹² *Id.*, p. 117.

morales formulados por los hombres pueden ser verdaderos o falsos. Depende para ello que den debida cuenta de los hechos morales. La disputa acerca de los hechos morales ha servido para marcar diferencia entre las teorías éticas. En su versión del constructivismo ético, Carlos Nino propone la reconstrucción de la noción de hechos morales de la siguiente manera. La noción de hecho moral hace referencia a la aceptación, en condiciones ideales de imparcialidad, racionalidad y conocimientos fácticos, de aquellos principios que, satisfaciendo los requisitos antes mencionados, converjan en la solución de los problemas a través de un consenso cooperativo. Esta noción de hecho moral es de naturaleza contrafáctica, ya que consiste en que algo sucedería si ocurriera un hecho que en realidad no ocurre. La aceptación de este contrafáctico no implica, según Nino, ninguna ontología frondosa o metafísica, ya que opera de la misma manera en que lo hacen los contrafácticos en las ciencias naturales. En este caso, lo que se trataría de verificar es qué principios se aceptarían si se dieran las condiciones ideales del discurso moral. Y esta dilucidación no es de carácter empírico sino conceptual.

Comencé diciendo que la posición metaética de Carlos Nino era la de un constructivismo ético, y que en su reconstrucción de conceptos morales se guiaba por el intento de identificar una práctica que cumple funciones sociales relevantes, y que esos conceptos tenían que ser coherentes con el cumplimiento y desarrollo de esas funciones. Al hacerlo presenté las relaciones que Nino observaba entre la moral ideal y la moral social, y su afirmación sobre el carácter veritativo de los juicios morales que describen hechos que se constituyen a partir de la aceptación de principios. Esto es reconocer, dice Nino, «que la filosofía moral tiene una marcada relevancia moral: en la medida que ella se proponga esclarecer las reglas constitutivas de una institución que satisface ciertas funciones sociales sumamente valiosas, se fortalecerá la operatividad y eficacia de esa institución, puesto que los que participan en ella (todos nosotros cuando discurremos acerca de la justificación de una acción o decisión) tendrán una visión más perspicua del “juego” que practican y lo harán mejor. Esto no sirve, obviamente, para justificar sin circularidad la moral y la filosofía moral, pero, como nuestra conciencia no tiene demasiados escrúpulos lógicos, sirve al menos para que ella esté tranquila mientras nosotros nos dedicamos a esta actividad en vez de encarar alguna obra más obviamente benéfica»¹³.

¹³ Véase *El constructivismo ético*, p. 71.

Pero la presentación de la posición metaética de Carlos Nino quedaría huérfana si no se hiciera mención a dos autores con los que está en un diálogo constante, y a partir de los cuales, a través de acuerdos o desacuerdos, va construyendo su propia teoría. Me refiero a John Rawls y Jürgen Habermas.

A través del análisis de los aspectos positivos y negativos que a su juicio le merecen las posiciones de los autores antes citados, Nino trata de exponer una concepción sobre el conocimiento moral que denomina «constructivismo epistemológico». «Se trata de una concepción según la cual la práctica social es un medio apto para tal conocimiento» ¹⁴.

En opinión de Nino, nadie sabe exactamente cuál es la posición metaética que sostiene Rawls y que sirve de fundamento final a sus dos principios de justicia. Esta incertidumbre está avalada por el hecho de que el propio Rawls recurre en su *Teoría de la Justicia* a varias teorías metaéticas. Así, por ejemplo, se afilia al contractualismo a través del recurso al consentimiento al sostener que sus principios de justicia serían aceptados en la posición originaria. También haría uso de las teorías de la decisión racional como fundamento de sus principios al invocar el recurso del MAXIMIN. Asimismo, el intuicionismo se introduciría en la obra rawlsiana de mano de su pretensión de que haya un equilibrio reflexivo entre los principios que se aceptarían en la posición originaria y nuestras intuiciones más arraigadas. Finalmente, Rawls también apelaría para fundamentar sus principios morales a los presupuestos formales del discurso moral cuando afirma que los principios de justicia deben satisfacer los requisitos de generalidad, imparcialidad, publicidad y universalidad.

Pero en opinión de Nino, el fundamento metaético de los principios rawlsianos que es más coherente con su obra, y que además le daría una mayor cohesión al conjunto de sus apelaciones a los diversos criterios metaéticos que invoca sería el ofrecido por el discurso moral. Desde esta perspectiva, la posición originaria se convertiría en una dramatización de los presupuestos formales de ese discurso. El contrato hipotético haría alusión a que los principios son válidos si son aceptados unánimemente en circunstancias ideales. El recurso al autointerés y al velo de la ignorancia supondría la condición de imparcialidad, etc. Esta sería, además, la versión que más aproximaría a Rawls a Kant ¹⁵.

Por otra parte, tampoco estaría claro en Rawls cuál es el método para conocer la verdad moral, aunque en la *Teoría de la Justicia* habría señales

¹⁴ *Id.*, p. 93.

¹⁵ *Id.*, p. 97.

suficientes como para pensar que Rawls se inclina por la reflexión individual en materia epistemológica. Según Nino, cuando Rawls habla de la regla de la mayoría como justificación de la democracia, por ejemplo, pone de manifiesto claramente su individualismo epistemológico.

En definitiva, si distinguimos entre tesis ontológicas y epistemológicas, Rawls mantendría, según la opinión de Nino, como tesis ontológica la siguiente: «la verdad moral se constituye por la satisfacción de presupuestos formales inherentes al razonamiento práctico de todo individuo, en especial el de que un principio moral es válido si es aceptable o no rechazable por todos en condiciones ideales de imparcialidad, racionalidad y conocimiento de los hechos relevantes», y como tesis epistemológica: «El conocimiento de la verdad moral se accede sólo mediante reflexión individual que, empleando un método de equilibrio reflexivo u otra alternativa, determine si se da la relación apropiada entre presupuestos formales y principios sustantivos. La discusión con otros es un auxiliar útil de la reflexión individual, pero en última instancia es inescapable que actuemos de acuerdo a los dictámenes finales de esta última ¹⁶.

Ahora bien, respecto de Habermas, Nino es de la opinión que el autor alemán sostiene que la justificación de los juicios morales forma parte de una práctica social que domina una buena parcela de nuestras vidas. Es sólo a partir de la consideración de esa práctica que se puede establecer la verdad o falsedad de los juicios morales. Y dado que según Habermas, las normas se interponen entre los actos de habla y la realidad empírica, el carácter veritativo de los juicios morales sería distinto del carácter veritativo de los enunciados descriptivos fácticos. Y si la verdad de los enunciados empíricos es independiente del discurso teórico, la verdad de los juicios morales dependen del discurso práctico.

En ese discurso, las personas argumentarían, a través de un procedimiento reglado y bajo el presupuesto de condiciones ideales, a favor o en contra de diferentes pretensiones de validez con el objeto de alcanzar un consenso. Lo que permite arribar a un consenso es el principio de la universalización que representa la exigencia moral de la imparcialidad. Aquí se abrirían dos interpretaciones posibles de Habermas, según el autor argentino. La primera, lo situaría en un constructivismo epistemológico, ya que su artificio de la situación ideal de diálogo permite que se conozcan, por intermedio de su resultado, los principios morales. La segunda, lo situaría en un constructivismo ontológico y no serían pocos los textos de Habermas donde sostiene

¹⁶ *Id.*, pp. 104-105.

que los principios morales son el resultado del diálogo en circunstancias ideales. Presentado brevemente, la tesis ontológica de Habermas sería: «La verdad moral se constituye por el consenso que resulta efectivamente de la práctica real de la discusión moral cuando ella es llevada a cabo siguiendo restricciones procedimentales de los argumentos como el de que un principio propuesto debe ser aceptable o no rechazable por todos bajo condiciones ideales de imparcialidad, racionalidad y conocimiento», y la tesis epistemológica sería: «El método de discusión y decisión colectiva es la única vía posible de acceso a la verdad moral en el área de la justicia, ya que siempre la reflexión monológica se halla distorsionada por prejuicios del individuo en favor de sí mismo, por su condicionamiento contextual y por la dificultad insalvable de ponerse “en los zapatos de otro”. Sólo el consenso efectivo obtenido luego de un amplio debate con las menores exclusiones, manipulaciones y desigualdades posibles es una guía confiable para acceder las exigencias de la moral» ¹⁷.

En síntesis, según la reconstrucción de las tesis centrales de Rawls y de Habermas que hace Nino, «Habermas coincide con Rawls en que hay presupuestos formales, como el de la imparcialidad que son decisivos para la validez de los principios morales. Pero, mientras para Rawls ellos son presupuestos formales del razonamiento moral monológico, para Habermas, ellos son reglas de una práctica social de discurso intersubjetivo. Además, en tanto que para Rawls la validez de los principios morales está dada por la satisfacción de la exigencia de imparcialidad, entre otras, independientemente de que alguien determine que está satisfecha, hay razones para pensar que para Habermas esa validez requiere que se haya constituido un consenso de hecho empleando la regla de la imparcialidad. Finalmente, mientras para Rawls parece que uno puede llegar por vía de reflexión individual a la conclusión de que un principio moral es válido, aunque la discusión puede cumplir un rol auxiliar, es claro que para Habermas esto es imposible y que sólo la discusión colectiva, la búsqueda “cooperativa de la verdad” es una vía de acceso confiable al conocimiento moral» ¹⁸.

En el plano ontológico, Nino critica a Rawls por no incorporar a su enfoque un aspecto que recoja el discurso moral como una práctica social. Poner el acento en la práctica permite contar con una base empírica de donde inferir reglas y criterios de hecho que son presupuestos por la práctica misma. Ello es posible, porque esa práctica cumple funciones sociales y tiene

¹⁷ Véase *El constructivismo ético*, p. 105.

¹⁸ *Id.*, p. 104.

reglas y presupuestos que la hacen posible. Finalmente, la práctica contiene también un principio sustantivo, el de autonomía, que permite extraer normas materiales impidiendo *petitio principii*.

También Habermas se hace merecedor de críticas desde el punto de vista ontológico porque deviene en un convencionalismo relativista, e incurre en la confusión entre validez y vigencia. Además, pareciera no reflejar adecuadamente la fenomenología de la discusión moral, en el sentido que ese discurso no se caracteriza por expresar intereses personales sino por confrontar diferentes pretensiones de validez. Por esa razón, los participantes en el discurso moral no podrían defender la validez de las pretensiones que mantienen si ésta estuviera determinada únicamente por el resultado del discurso. Y no tendría sentido ofrecer un principio para la discusión si no se lo hace con la pretensión de validez.

En el plano ontológico, la tesis de Nino se hace eco de la posición de Habermas en el sentido que reconoce la base empírica del discurso moral como una práctica moral, pero sin atarse a los resultados de un consenso empírico. La verdad moral queda definida de acuerdo a los presupuestos formales y materiales del discurso moral. Entre aquellos presupuestos del discurso reconoce el principio de autonomía y reglas procedimentales como la que recepta el principio de imparcialidad. Y aquí la deuda con Rawls es manifiesta.

En el plano epistemológico, Nino parece aceptar la tesis de Habermas de que la discusión y la decisión colectiva constituyen el método para conocer la verdad moral. Esto es así no sólo porque la discusión libre permite detectar los errores en el razonamiento, sino porque es la única forma de asegurar el principio de imparcialidad. Pero esto podría conducir a una especie de populismo moral, cuando el discurso moral se institucionaliza y las decisiones democráticas se asumen por la regla de la mayoría. Por esa razón es que Nino propone como tesis ontológica: «La verdad moral se constituye por presupuestos formales o procedimentales de una práctica discursiva social destinada a cooperar y evitar conflictos sobre la base de la convergencia de acciones y actitudes dadas por el consenso en la aceptación de principios para guiar la conducta. Entre esos presupuestos de la práctica social del discurso moral está el de que un principio es válido cuando es aceptable o no rechazable por todos en condiciones de imparcialidad, racionalidad y conocimiento de hechos», y como tesis epistemológica: «La discusión y la decisión intersubjetiva es el procedimiento más confiable de acceso a la verdad moral, ya que el intercambio de ideas y la necesidad de justificarse

frente a los demás no sólo amplía el conocimiento y permite detectar fallas de razonamiento sino que principalmente permite determinar la satisfacción del requisito de atención imparcial de los intereses de todos, bajo el presupuesto de que no hay mejores jueces de los intereses involucrados que los mismos afectados que participan en el proceso colectivo de discusión. Sin embargo, esto no excluye que por vía de la reflexión individual alguien pueda acceder al conocimiento de soluciones correctas, aunque hay que admitir que este método es mucho menos confiable sobre todo por la dificultad para representarse fielmente los intereses de los demás y ser, por lo tanto, imparcial»¹⁹.

De ese modo, Nino aceptaría que la práctica social de la discusión moral, y aun su sucedáneo imperfecto, la democracia, es el procedimiento más confiable para acercarse a la verdad moral, pero no es el único. La reflexión individual, si se asumen los presupuestos de imparcialidad, generalidad y universalidad, puede ser un método adecuado de conocimiento moral. Sobre todo en los casos en que se pone en cuestión el cumplimiento efectivo de los presupuestos del discurso moral. En ese sentido, se acerca a Rawls y se aleja de Habermas. Tal vez por eso es que el propio Nino definiera su posición como una intermedia entre la de Rawls y la de Habermas. Y a esa posición la denominara constructivismo epistemológico.

2. Su concepción de los derechos humanos

Buena parte de la reputación intelectual de Carlos Nino se debe, sin duda, a sus trabajos acerca del concepto y la fundamentación de los derechos humanos. Tema, el de los derechos humanos, por el que no sólo sentía una especial predilección teórica, sino también una preocupación vital por favorecer, en la medida de sus posibilidades, su vigencia. Su libro *Ética y derechos humanos* es de consulta obligada, y en él se advierte los aspectos centrales de su concepción al respecto. Nino sostiene que los derechos humanos derivan de un sistema de principios morales. Tales principios se caracterizarían por las siguientes notas: *a)* su existencia depende de su validez o aceptabilidad intrínseca, son independientes pues de su reconocimiento por cualquier orden jurídico o de su aceptación social; *b)* son aceptados como justificación final o última de las conductas, esto es, no existen principios de otra clase que posean un mayor peso justificatorio; *c)* sirven para valorar

¹⁹ *Id.*, p. 105.

cualquier conducta. Si ésta es o no moralmente relevante no puede decidirse *a priori*, ya que dependerá del contenido de los principios morales básicos. Caracterizar los derechos humanos como una derivación de principios morales es importante porque en la metodología que propone Nino habría que determinar primero cuáles son los principios morales de los que derivan los derechos básicos y después definir las personas morales como aquellos individuos que poseen las propiedades que son fácticamente necesarias para gozar o ejercer tales derechos. «La idea es que la personalidad moral es un concepto relacionado no con el hecho de ser titular de derechos morales fundamentales sino con el hecho de poseer las condiciones para ejercerlos o gozar de ellos. Quienes son personas morales dependerá entonces de quiénes pueden gozar de los derechos generados por los principios morales básicos» ²⁰.

Como se sabe, el autor argentino propone tres principios morales de cuya combinación derivan los derechos humanos: el principio de inviolabilidad de la persona, el principio de autonomía de la persona y el principio de dignidad de la persona.

El principio de autonomía de la persona puede ser caracterizado, en palabras de Nino, como el que prescribe «que siendo valiosa la libre elección individual de planes de vida y la adopción de ideales de excelencia humana, el Estado (y los demás individuos) no debe intervenir en esa elección o adopción, limitándose a diseñar instituciones que faciliten la persecución individual de esos planes de vida y la satisfacción de los ideales de virtud que cada uno sustente e impidiendo la interferencia mutua en el curso de tal persecución» ²¹. De un modo manifiesto, la aceptación de este principio cierra cualquier posibilidad de afirmar tesis perfeccionistas o paternalistas no justificadas. Tanto el perfeccionismo como el paternalismo suponen que no sólo existen planes de vida que son mejores que otros, y que constituyen la realización de ideales de excelencia, sino que en el primer caso se supone que esos ideales han de ser impuestos para obligar a las personas a ser mejores, y en el segundo para evitar que se dañen a sí mismo. Carlos Nino acepta la tesis de que hay unos planes de vida que son mejores que otros, pero de ahí no sigue el paso que incorrectamente dan quienes sostienen esas dos tesis éticamente inaceptables. Y rechaza explícitamente que ese reconocimiento justifique la imposición por parte del Estado de cualquiera de ellos. El principio de autonomía pone el acento en la capacidad para elegir libremente modelos de vida, a la vez que supone una valla de contención

²⁰ Véase C. NINO: *Ética y derechos humanos*, pp. 45-46.

²¹ *Id.*, p. 204.

contra las posibles interferencias estatales o de otras personas. Porque aceptar el principio de autonomía de las personas implica aceptar las preferencias subjetivas de los individuos aunque pensemos que son equivocadas, con el único límite del principio que impide el daño a otros. A partir de esta idea básica —expresada aquí demasiado suscintamente y presentada de una manera dogmática— Nino deriva una serie de bienes que el principio de autonomía ampararía o requeriría. En primer lugar, el bien más básico que es posible inferir es el que garantiza la libertad para realizar cualquier acción —que no dañe a terceros—. Es obvio que eso ya presupone un derecho a la vida consciente y a la integridad síquica y física. Además, para que los planes de vida puedan ser efectivamente elegidos dentro del más amplio de los espectros posibles se hace necesario contar con un marco de libertades básicas que incluye la libertad de expresión y la libertad para desarrollar una vida en privado. Esto es, para poder elegir proyectos vitales de carácter sexual, cultural, familiar, religioso, etc., sin temer intromisiones de terceros. Por cierto que esta lista es ejemplificativa, no exhaustiva. Y en algunos de los análisis de Nino se entrecruzan aquellos bienes que son condiciones necesarias para la autonomía con los que se infieren directamente de ella.

El principio de inviolabilidad de la persona, «proscribe imponer a los hombres, contra su voluntad, sacrificios y privaciones que no redunden en su propio beneficio»²². Este principio, de evidente origen kantiano, supone que no pueden imponerse privaciones de bienes —esa es la noción de sacrificio— de una manera no justificada, ni que una persona pueda ser utilizada como instrumento para la satisfacción de los deseos de otra. Supone también que el consentimiento juega un papel moral relevante en la vida social, y no sólo respecto de la forma de autoobligarse o de limitar sus derechos, sino para la justificación de ciertas instituciones jurídicas básicas²³. En ese sentido, este principio clausura el paso a ciertas versiones utilitaristas que al preocuparse por el *quantum* total de felicidad social quiebra la relevancia moral que tiene la separabilidad e independencia de las personas. Y cierra el camino por cierto a cualquier aventura holista, como la expresada por los nacionalismos extremos. El reconocimiento de este principio implica ciertas limitaciones en la búsqueda de los objetivos sociales y en la imposición de deberes personales, y restringe la aplicación de la regla de la mayoría en la resolución de conflictos sociales. Está indicando que existen ciertas áreas que el sistema

²² *Id.*, p. 239.

²³ Claramente respecto del caso de la pena, véase C. NINO: «A Consensual Theory of Punishment», *Philosophy and Public Affairs*, vol. 12, n. 4, 1983.

jurídico debe reconocer y en las cuales el individuo se encuentra munido de ciertas «cartas de triunfo» en forma de derechos, siguiendo la terminología dworkiniana, para hacer frente al Estado o al resto de sus congéneres.

El principio de dignidad de la persona, «prescribe que los hombres deben ser tratados según sus decisiones, intenciones o manifestaciones de consentimiento»²⁴. Este principio precluye cualquier posibilidad de valorar las acciones de los hombres por sus particularidades personales de raza, credo, etc., y exige que en el diseño social se deba prestar especial atención a las instituciones basadas en el consentimiento. Naturalmente, excluye las tesis deterministas para justificar las acciones.

Estos tres principios, según Nino, se relacionan entre sí no de una manera lexicográfica, aunque haya una cierta prelación del principio de dignidad de la persona sobre los otros dos, sino de forma diversa, y juegan distintos papeles en su concepción del discurso moral. La relación entre el principio de autonomía y el de dignidad de la persona, por ejemplo, no se presenta de manera diáfana. Por una parte, el principio de autonomía parece implicar el de dignidad, ya que lo que hace moralmente relevante a una acción es que forma parte de un plan de vida de una persona. Pero parece que el principio de autonomía presupone, por otra parte, al de dignidad, puesto que la valoración de la adopción de ciertos proyectos vitales implica que al menos hay ciertas decisiones y acciones que deben ser imputadas a los individuos, y que ésta es una razón importante cuando se interactúa con ellos o se evalúa su posición. Además, el principio de dignidad de la persona supone una limitación de la autonomía cuando una persona decide restringirla de un modo voluntario y la limita también cuando la maximización de la autonomía de una persona se persigue imponiendo un sacrificio indebido a otra.

Por cierto que la mera enunciación de estos principios morales de cuya combinación es posible inferir justificadamente derechos humanos no resuelve todos los problemas. Queda por definir cuál es el alcance de estos derechos y cuál es la solución en el caso de conflictos entre diversos derechos. Ambas cuestiones son exploradas con cierto detalle por Nino, especialmente a través de la discusión acerca del estatus de las acciones y de las omisiones y de los deberes positivos y negativos que no reproduciré aquí²⁵. Me basta señalar, un tanto dogmáticamente, que la tesis de Nino aboga, como se verá más adelante, por un liberalismo igualitario. Esta forma de liberalismo evitaría

²⁴ Véase C. NINO: *Ética y derechos humanos*, p. 287.

²⁵ Véase C. NINO: *Ética y derechos humanos*, especialmente capítulo VIII.

que los hombres sean utilizados como medios para la satisfacción de los planes de vida de otros a través de la justificación de las omisiones, tal como hace el liberalismo conservador. Por otra parte, los principios morales de los cuales se derivan los derechos humanos implican que los hombres son seres morales independientes y separados los unos de los otros, lo que frenaría el avance de un cierto liberalismo holista que piensa en la autonomía como un continuo predicable de un grupo de individuos y que, por lo tanto, intentaría también justificar a través de las omisiones que se instrumentalice a otros. «(El liberalismo igualitario) no consiste en maximizar la autonomía global ni en dejar intacta la autonomía que cada uno parece (ilusoriamente) haber alcanzado por sí mismo; consiste, en cambio, en maximizar la autonomía de cada individuo por separado en la medida en que ello no implique poner en situación de menor autonomía comparativa a otros individuos. Esto implica una directiva de expandir siempre la autonomía de aquellos cuya capacidad para elegir y materializar planes de vida esté más restringida» ²⁶.

Esta posición explica, y suministra criterios, con cierta dosis de claridad, acerca de cuáles son los deberes inherentes a la satisfacción de los derechos humanos por parte, sobre todo, del Estado. Se trataría de expandir la autonomía de unos sin restringir injustificadamente la de los otros. Esto implica que no sólo se tiene que salvaguardar determinados derechos prohibiendo acciones específicas (se salvaguarda el derecho a la vida prohibiendo matar) cumpliendo con deberes negativos; sino también suministrando los bienes que son necesarios para salvaguardar esos mismos derechos (no tiene sentido decir que se salvaguarda el derecho a la vida si no se ofrecen los servicios médicos y farmacológicos adecuados para ello) cumpliendo con deberes positivos. En ese sentido, no habría derechos humanos de primera y tercera generación (hay quienes incluso hablan de quinta generación), sino que serían los mismos derechos que se satisfacen en algunos casos por omisión y en otros por comisión.

Pero si se pueden violar los derechos humanos tanto por acción como por omisión queda por resolver la cuestión de qué ha de hacerse una vez que esos derechos han sido violados. La respuesta a esta cuestión fue para Nino particularmente importante por dos razones. La primera, porque como bien es sabido entre los años 1976-1983 tuvo lugar en la República Argentina la dictadura militar más cruenta de su historia. Miles de muertos, de desaparecidos, de torturados y exiliados fueron su consecuencia más terrible y

²⁶ *Id.*, pp. 344-345.

nefasta. El informe de la Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas titulado *Nunca Más* da testimonio de este horror histórico. Y Carlos Nino vivió esa realidad, y no se puede escribir sobre derechos humanos sin dar respuestas a cuestiones como ésta. La segunda, porque ocupó durante el gobierno de Alfonsín, que asumió inmediatamente después de la dictadura militar el gobierno democrático, cargos de importancia como el de asesor presidencial. Un gobierno que fue electo precisamente bajo el lema electoral de la recuperación ética de la convivencia entre argentinos y del castigo a los culpables de las violaciones a los derechos humanos.

Es evidente que una sociedad que se asiente sobre principios liberales ha de diseñar sus instituciones de una manera tal que sean coherentes con la vigencia de los derechos humanos. Y las instituciones del Derecho penal tienen que ser especialmente sensibles a este reclamo. Así por ejemplo, el principio de autonomía tendría, según Nino, serias implicaciones en la regulación de la responsabilidad penal ²⁷.

De ese principio de autonomía se inferirían prohibiciones de acciones que lesionen la autonomía de las personas o su capacidad para elegir y materializar planes de vida de una forma directa, como matar, lesionar, violar, o de una forma indirecta afectando instituciones que promueven la autonomía, como la estafa o la evasión impositiva. También se inferirían permisiones para imponer sanciones cuando ello redunde en un incremento de la autonomía de la sociedad. Lo que suministraría una justificación *prima facie* a las penas. Una pena reduce la autonomía de quien la sufre, «pero si se puede demostrar que los efectos, tanto de la amenaza de pena como de su aplicación (que es necesaria para que la amenaza sea efectiva), redundan en la preservación de una mayor autonomía, el valor de autonomía constituye una razón para imponer tales penas. Por otro lado, esta misma razón implica una limitación a la posibilidad de prescribir y aplicar penas cuando ello tiene como efecto una disminución neta de la autonomía disponible en el conjunto social. Estas consideraciones conducen al principio que he denominado “de protección prudencial de la sociedad”» ²⁸.

Dado que la pena es un mal, cada vez que se impone se produce un mal en la sociedad. Para que la imposición de ese mal esté justificado es necesario que se satisfagan tres criterios, según Nino, que coinciden con

²⁷ Véase C. NINO: *Los límites de la responsabilidad penal*; «La derivación de los principios de responsabilidad penal de los fundamentos de los derechos humanos», *Doctrina Penal* 45, enero-marzo 1979; «Los fundamentos de la legítima defensa», *Doctrina Penal* 46, 1979.

²⁸ Véase «La derivación de los principios de responsabilidad penal...», p.37.

los suministrados por el estado de necesidad justificante: 1) que el mal que se procura evitar sea mayor que el que se causa, 2) que la pena sea efectiva para evitar ese mal, 3) que sea necesaria, es decir, que no haya otro medio más económico para evitar eficazmente ese mal.

Si la imposición de la pena constituye siempre la imposición de un mal, entonces se debe imponer únicamente respecto de aquellas acciones que causan un daño o peligro que precisamente la ley quiere evitar. Nino denomina a esta restricción el «principio de enantiotelidad».

Por otra parte, el discurso moral establece también otra limitación a la acción punitiva del Estado al reconocer el valor de los ideales de excelencia individuales. Sólo podrían castigarse las acciones que dañan o ponen en peligro los bienes y derechos derivados de los principios morales en la medida que son realizados por agentes diferentes a los dañados o a los que se puso en peligro. Nino denomina a esta restricción el «principio de intersubjetividad del derecho penal».

Naturalmente, existen casos de paternalismo justificado en que el Estado puede intervenir para evitar la ejecución de acciones que dañan al agente que las realiza sobre la base de que estos son incompetentes básicos²⁹. Las medidas de un paternalismo legítimo funcionan como excepciones al principio de intersubjetividad del Derecho penal.

El principio de autonomía de la persona y el principio de inviolabilidad de la persona prescriben que los individuos pueden adquirir derechos y obligaciones a través del consentimiento. El otorgamiento de este consentimiento no tiene porqué ser de naturaleza verbal, y su alcance depende del contexto en el que se realiza. Este consentimiento requiere que la persona que haya realizado el acto voluntario (casarse, contratar) haya conocido y asumido las consecuencias normativas de su acción. Y Carlos Nino exige que esas condiciones deban darse para poder imponer justificadamente sanciones penales.

Quien delinque debe conocer las consecuencias normativas de su acción, es decir, debe saber en el momento de ejecutarla que asume una responsabilidad penal. «Esto da lugar al principio que podemos denominar “de asunción de la pena”: la aplicación de una pena a un individuo está justificada si él ha consentido asumir la respectiva responsabilidad penal mediante un acto

²⁹ Para la noción de incompetentes básicos, véase E. GARZON VALDES: «¿Es éticamente justificado el paternalismo jurídico?», *Derecho, moral y política*, pp. 361 y ss.

voluntario realizado con conocimiento de que esa responsabilidad es su consecuencia normativa inmediata»³⁰.

Estos dos principios el de protección prudencial de la sociedad y el de asunción de las penas, que lo complementa, permiten justificar cierto tipo de derecho penal de una sociedad liberal. En definitiva, según Nino, «así como las justificaciones derivan del principio de protección social (y más específico de enantiotelidad) y en definitiva de la idea de autonomía, las excusas derivan del principio de asunción de la pena y de la idea de inviolabilidad de la persona. Las excusas, como los vicios de los contratos, excluyen el consentimiento. Esto está claro en los casos de error y de compulsión en que el agente no tiene los deseos y creencias necesarios para adscribirle el haber consentido la asunción de responsabilidad penal»³¹.

Este es, en esencia, el marco justificatorio de tipo consensual que propone Carlos Nino para el derecho penal. Pero el propio Nino reconoce que hay ciertos tipos de delitos en que el carácter preventivo de la pena sólo es indirecto, y que por lo tanto su prevención dependerá de un conjunto de factores como la ideología social, el contexto institucional, etc. Un caso típico es el de las violaciones masivas de derechos humanos. Sus escritos³² acerca de la justificación o no de castigar a quienes cometieron actos de violación de los derechos humanos han de entenderse a la luz de su concepción general del derecho penal y de la función de la pena.

La concepción de Carlos Nino acerca del derecho penal es manifiestamente incompatible con una justificación retribucionista de la pena. Su rechazo del retribucionismo se debe al hecho de que es intuitivamente no persuasivo que de la suma de dos males, el que se origina en el acto del delincuente y el de la imposición de la pena, puede surgir un bien. Si se aceptan las tesis retribucionistas, y la noción de merecimiento que le es inherente, es indudable que todos los agentes de cada una de las violaciones de derechos humanos deben ser castigados. Pero Carlos Nino no lo hace y de su justificación consensual de la pena no se puede inferir la obligación de castigar a todos los culpables de tales violaciones. Según sus propias palabras, «casi todos los puntos de vista sobre el castigo, con la excepción del

³⁰ Véase C. NINO: «La derivación de los principios de responsabilidad penal...», p. 45.

³¹ *Id.*, p. 47.

³² Véase, fundamentalmente, «The Human Rights Policy of the Argentine Constitutional Government», *Yale Journal of International Law*, vol. 11, 1985; «The Duty to Punish Past Abuses of Human Rights Put Into Context: The Case of Argentina», *The Yale Law Journal*, vol. 100, n. 8, junio de 1991.

mandato retribucionista, niega que cualquiera tenga el derecho que algún otro sea castigado por un delito anterior. Castigar a quienes han renunciado a su derecho a no ser castigados no se debe al reconocimiento que las víctimas o sus familiares tengan un derecho a ese castigo. Es la consecuencia de un objetivo colectivo impuesto por la política de proteger los derechos humanos en el futuro. Por lo tanto, nadie puede pretender universalizar ese castigo a otros casos similares cuando el objetivo del castigo no se satisfará»³³.

La pena aparece así con su carácter plenamente instrumental. Constituye un medio para conseguir determinados objetivos sociales. Por esa razón, estaría justificado castigar a ciertos delincuentes y no a otros. Sólo habría que explicitar el criterio de selección en la medida en que sea idóneo para alcanzar el objetivo perseguido a través precisamente de la imposición de la pena. «Esto no significa que la selección pueda ser completamente arbitraria —dice Nino textualmente— o que se pueda proceder de acuerdo a criterios que están generalmente prohibidos, tales como la raza de los acusados. La selección debe ser hecha tomando en cuenta su utilidad para alcanzar los objetivos buscados dentro de un criterio generalmente permitido»³⁴. Y esto legitimaría la política del gobierno de Alfonsín respecto de los procesos abiertos a los militares argentinos respecto de las violaciones de los derechos humanos. Pero veamos un poco más detenidamente su razonamiento.

Según Nino, el contexto político social cuando asume Alfonsín como presidente de la República Argentina era el siguiente. Durante la campaña electoral, previa al acto electoral del 30 de octubre de 1983, Alfonsín y sus seguidores del partido radical diseñaron su política de derechos humanos basada en cinco puntos: 1) los derechos humanos son derechos morales que posee todo ser humano independientemente de contingencias tales como el sexo, la religión o la nacionalidad y del hecho de que sean o no reconocidos por el gobierno; 2) la función de tales derechos es evitar que las personas sean usadas como medios para satisfacer los objetivos de otras personas, de entidades corporativas o del gobierno; 3) los derechos humanos se violan tanto por acciones como por omisiones; 4) la justificación básica de una organización política es la promoción de los derechos humanos, un gobierno es moralmente ilegítimo si sus acciones no están encaminadas a lograr ese objetivo; 5) la defensa de los derechos humanos concierne tanto al gobierno como a la sociedad civil³⁵.

³³ Véase «The Duty to Punish Past Abuses of...», p. 2621.

³⁴ *Id.*, p. 2621.

³⁵ Véase C. NINO: «Transition to Democracy, Corporatism and Constitutional Reform in Latin America», *University of Miami Law Review*, vol. 44, 1989, p. 218.

Sobre la base de estas consideraciones, y no resulta difícil encontrar aquí la enorme influencia de las tesis de Carlos Nino, el gobierno de Alfonsín diseñó una doble política acerca de derechos humanos. Hacia el futuro dictando una serie de leyes que pretendían promoverlos y evitar su violación, y hacia el pasado, formulando una estrategia dirigida a castigar a algunos de los responsables de algunas violaciones de los derechos humanos ³⁶. Prestaré atención aquí sólo a las reflexiones de Nino acerca de este segundo aspecto del diseño del gobierno radical que tienen implicancias teóricas relevantes para una mejor comprensión de las tesis del autor argentino.

En realidad, este segundo aspecto de la estrategia estaba dividida a su vez en dos partes. la primera fue crear una comisión de investigación que indagara lo ocurrido y que dio como fruto el informe *Nunca Más* al que ya hice referencia. La segunda, dirigida a instar a los órganos competentes para que juzgaran, y en su caso condenaran, a algunos de los responsables de las violaciones de derechos humanos en el pasado. La implementación de esta idea se enfrentó, según Nino, a grandísimas dificultades de muy diversos tipos. En primer lugar, únicamente el partido radical en el gobierno la defendía. El principal partido de la oposición, el peronismo, habría sostenido por boca de su candidato a presidente, Italo Luder, la imposibilidad de perseguir a los responsables dada la existencia de una ley de autoamnistía dictada por el gobierno militar, y los sectores de izquierda y de movimientos sociales como el de las Madres de la Plaza de Mayo habían asumido posiciones maximalistas ³⁷. En segundo lugar, existía una fuerte cohesión corporativa en el estamento militar que ejercía una fuerte presión sobre el gobierno Alfonsín, posibilitaba el incumplimiento fáctico de los mandatos judiciales y llevaba a cabo intentos de golpes de Estado ³⁸. En tercer lugar, una crisis económica sin precedentes que culminó en un largo periodo de hiperinflación ³⁹. En cuarto lugar, un entramado legal cuyas aristas sobresalientes eran: por un

³⁶ Para un análisis de esta estrategia véase C. NINO: «The Duty to Punish Past Abuses of...», pp. 2619 y ss.; «The Human Rights Policy of...», pp. 217 y ss. Como se sabe, Alfonsín y su gobierno distinguieron tres niveles de responsabilidad por la violación de derechos humanos de la dictadura. Se diferenció entre quienes diseñaron el plan de tales violaciones, quienes dieron las órdenes y quienes las ejecutaron.

³⁷ Véase «The Duty to Punish Past Abuses of...», especialmente pp. 2622 y 2634. El peronismo dio sus votos en el Congreso a una serie de leyes en favor de los derechos humanos y del castigo a militares, pero haciendo gala, según Nino, de un claro oportunismo político.

³⁸ Véase «Transition to Democracy...», pp. 137 y ss.

³⁹ *Id.*, p. 139.

lado, una ley de autoamnistía dictada por la junta militar, y, por el otro, el eximente de obediencia debida del código de justicia militar ⁴⁰.

Estas circunstancias condicionaron enormemente la política del gobierno Alfonsín, según Nino, a pesar de lo cual, en su opinión, el avance en la punición de violaciones a los derechos humanos no tuvo parangón, sobre todo en América Latina. El problema de la ley de autoamnistía se obvió mediante una disposición que la declaraba nula *ab initio* y que significó un cambio en la consideración de la validez de las leyes de *facto* —tema al que haré referencia más adelante—, y mediante la ley 23.049 se modificó el alcance del eximente de la obediencia debida. Nuevamente aquí se puede advertir la influencia práctica de los postulados teóricos de Nino.

Se juzgó y se condenó a diversos miembros del estamento militar, se liberó de responsabilidades a quienes habían ejecutado actos violatorios de derechos humanos cumpliendo órdenes y se siguió una política errática —en general en favor de los militares— respecto de oficiales de alta graduación que no podían excusarse en la obediencia debida, pero que tampoco habían diseñado el plan represivo. La corrección de la política de perseguir el castigo de unos y no de otros (incluso militares de alta graduación) se debió a dos razones, según Nino. La primera, es que no es necesario disminuir la autonomía global existente en la sociedad a través de la imposición del mal de la pena más allá del límite imprescindible para que ésta cumpla su función preventiva. De hecho hubiera bastado castigar a un número reducido de militares para que cunda la función ejemplificadora de la sanción ⁴¹. La segunda, es que había que sopesar la tendencia a la imposición de responsabilidades con la defensa del sistema democrático que constituía el prerrequisito del juicio mismo a parte de los militares involucrados. Y un juicio generalizado a los que hubiesen cometido actos atentatorios contra los derechos humanos podría haber causado un golpe de Estado exitoso ⁴².

En resumen, las medidas correctas respecto de violaciones de derechos humanos deberían ser las siguientes, en opinión de Nino: 1) cualquier acción estatal debería estar guiada por la promoción y la vigencia de esos derechos; 2) nadie puede invocar un derecho a que se castigue a todos los que atentan contra los derechos humanos, bastando que se castigue sólo a algunos de

⁴⁰ Véase «The Human Rights Policy of...», p. 224.

⁴¹ Si los militares hubiesen sido convencidos de que el Gobierno Alfonsín pensaba acusar a un grupo limitado de correligionarios, digamos, dice Nino, entre 20 y 60, hubiera perdido el miedo a un juicio generalizado a todos sus miembros y tal vez habría accedido a que ese número sea juzgado. Véase C. NINO: «The Duty to Punish Past Abuses...», p. 2632.

⁴² *Id.*, p. 2630.

ellos, teniendo en cuenta: a) que la discriminación entre quienes son acusados y quienes no, no tiene que ser arbitraria, y b) el número de acusados no debe exceder el imprescindible para que la pena cumpla con su función de prevención; 3) la persecución de los culpables se ha de sopesar con la defensa y el mantenimiento del régimen democrático. Y en cualquier caso, este último es siempre el valor prevalente. Al seguir estos criterios, el gobierno Alfonsín quedaba legitimado. «La formación de una conciencia social contra los abusos de los derechos humanos depende más de la exposición de las atrocidades y de una clara condena de ellas que del número de personas actualmente penadas por ellas. Por lo tanto, una de las justificaciones de las medidas tomadas por el gobierno de Alfonsín para limitar los juicios fue hacer posible el castigo de los principales culpables...» ⁴³.

3. Su concepción del Derecho

El supuesto básico que subyace en su concepción acerca del Derecho es que las palabras no tienen una conexión necesaria con la realidad. El significado de las palabras es puramente convencional, y Carlos Nino pretendía llevar este presupuesto hasta sus últimas consecuencias. No existe una verdadera definición de Derecho, un único concepto de Derecho, sino una multiplicidad de ellos. Ya hacía mención a esta cuestión en sus primeras publicaciones ⁴⁴, pero lo expone de una manera más detallada en uno de sus últimos trabajos póstumos ⁴⁵. La adopción radical de esta perspectiva tiene consecuencias importantes para la tarea del filósofo del Derecho. En primer lugar, porque si se admite que existe una pluralidad de conceptos, cada uno de ellos podrá ser evaluado atendiendo a las finalidades o necesidades del contexto en el que son utilizados. En segundo lugar, porque elimina muchas discusiones espurias acerca de pretendidas esencias del Derecho despejando el camino para el análisis de cuestiones sustantivas. En tercer lugar, porque permite vincular la tarea de elucidación teórica con el problema sustantivo que se quiere examinar. En la formulación de un concepto, en opinión de Nino, el teórico debería operar de la siguiente forma: comenzar el análisis

⁴³ *Id.*, p. 2630.

⁴⁴ Véase, por ejemplo, *Notas de introducción al Derecho*, 4 vols., Buenos Aires, 1973, especialmente el volumen 1, y «Los conceptos de derecho», *Crítica*, México, 1981.

⁴⁵ Véase *Derecho, moral y política*, Ariel, Barcelona, 1994. También en *Fundamentos de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, pp. 37 y ss.

con conceptos aproximados de carácter preteóricos, iniciar con ellos la discusión de los aspectos justificatorios del problema y tratar de determinar qué propiedades son las relevantes para una teoría sustantiva que se presume adecuada, valorar entonces el rendimiento de tales conceptos en el contexto de esa teoría tomando en consideración aquellas propiedades relevantes y proceder en su caso a un ajuste conceptual, luego someter a crítica los principios sustantivos de la teoría y así sucesivamente en un proceso dialéctico de ajustes mutuos entre los aspectos sustantivos y los conceptuales.

Resulta obvio, por otra parte, que se utilizan diversos conceptos de Derecho en contextos distintos, y por ese motivo no es infrecuente hallar múltiples definiciones de Derecho, las unas criticando a las otras, sin advertir muchas veces que operan en contextos diferentes, lo que seguramente hicieron musitar a un Flaubert sumido en la perplejidad, «Derecho: no se sabe qué es»⁴⁶. Por esa razón, puede ser esclarecedor, afirma Carlos Nino, presentar algunos de los conceptos posibles de Derecho. Estos serían:

Concepto descriptivo realista de Derecho: se aludiría con él al conjunto de estándares que son o serán probablemente reconocidos de hecho por quienes tienen la capacidad para movilizar a través de sus decisiones ante casos concretos el aparato que cuasi monopoliza la coacción en una sociedad. Alf Ross utilizaría este tipo de concepto.

Concepto descriptivo sistemático de Derecho se aludiría con él al conjunto de los estándares identificados con el criterio anterior más los estándares que son una consecuencia lógica de los primeros. Según Carlos Nino, Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin utilizarían este tipo de concepto.

Concepto descriptivo institucional de Derecho: más restringido que el primero, aludiría únicamente a aquellos estándares que son reconocidos de hecho por los órganos primarios, en virtud de que fueron prescritos por cierta autoridad o fuente. No denota ya todos los estándares reconocidos por jueces y demás órganos primarios del Estado, sino tan sólo aquellos que tienen su origen en una fuente dotada de autoridad, como pueden ser la legislación, el precedente, etc. Herbert Hart utilizaría este tipo de concepto.

Concepto de Derecho de *lege ferenda*: aludiría el conjunto de todos los estándares que deben ser reconocidos en el cuasi monopolio del uso de la coacción. Este concepto hace referencia a lo debido, lo que es propio de todo concepto normativo. Naturalmente, este elemento de lo debido no puede ser estrictamente jurídico, no puede ser denotado por el concepto

⁴⁶ Citado por M. ATIENZA: *Introducción al Derecho*, Barcelona, 1985, p. 30.

mismo porque en tal caso sería autoreferente. A veces se emplea el término «validez» en este sentido, según Nino, para ser entendido como fuerza obligatoria o vinculante.

Concepto normativo judicial amplio de Derecho: aludiría a aquellos estándares que los jueces deben tener en cuenta en sus decisiones. Este concepto es más restringido que el anterior porque si bien existen estándares que los legisladores deben promulgar, los jueces no los deben aplicar si aquellos no lo han prescripto.

Concepto normativo judicial restringido de Derecho: denota aquellos estándares que los órganos primarios deben reconocer porque han sido establecidos por alguna fuente dotada de autoridad. Probablemente este concepto sea, en opinión de Nino, el más utilizado en contextos justificatorios por jueces y abogados.

Concepto normativo mixto de Derecho: denotaría tanto los estándares que de hecho reconocen los órganos primarios en sus decisiones como los estándares que deberían ser por ellos reconocidos como la mejor justificación del reconocimiento del primer tipo de estándares. Según Nino, ésta sería la aproximación que defiende Ronald Dworkin en su teoría interpretativa del Derecho.

Concepto normativo hipotético de Derecho: aludiría a los estándares que hipotéticamente tienen que ser reconocidos y que son por tanto hipotéticamente válidos, lo que implica que deben ser hipotéticamente aplicados en el empleo del cuasi monopolio de la coacción en una sociedad al haber sido establecidos por una fuente dotada de autoridad. Kelsen defendería esta caracterización con el recurso a la norma hipotética fundante.

Carlos Nino señala que es importante advertir que los distintos conceptos de normas jurídicas que han sido formulados por los iusfilósofos no corresponden estrictamente con los distintos conceptos de Derecho anteriormente expresados. En efecto, sólo los conceptos normativos de Derecho parecen hacer referencias a normas entendidas como enunciados deónticos, ya que presupone que deban realizarse aquellas conductas que ellas estipulan. Pero no está claro que ocurra lo mismo con los conceptos descriptivos de Derecho, ya que éstos hacen referencia a la existencia de normas sólo como textos o prácticas sociales.

Si se asume esta diversidad de conceptos, y se percibe que existen discursos jurídicos diferentes con propósitos distintos se puede observar entonces, según Nino, que la tradicional polémica entre iusnaturalistas e iuspo-

sitivistas se disuelve, ya que tal discusión sólo puede entenderse bajo el supuesto no ya de la polémica entre el objetivismo moral y el excepticismo ético como ha menudo ha sido presentada, sino del esencialismo conceptual. Y a preguntas clásicas de la filosofía del Derecho acerca de cual es la relación conceptual entre el Derecho y la moral no cabría responder con un *a priori*, ya que la respuesta dependerá del contexto del discurso en el que se formula la pregunta. Quedaría como una cuestión remanente a discernir tan solo cuál de estos conceptos es más adecuado para los diferentes contextos.

Por cierto, en opinión del autor argentino, los conceptos descriptivos de Derecho parecen ser apropiados para ser usados por un observador externo, y los normativos por un observador interno. Esto parecería superponerse con la distinción hartiana entre punto de vista externo y punto de vista interno. Sin embargo, el mismo Nino se encargaría en señalar algunas diferencias entre su posición y la de Hart ⁴⁷ —aunque en sus trabajos da la impresión de que algunas de éstas se diluyen paulatinamente—. En realidad, existe, en opinión del autor argentino, una supremacía lógica del punto de vista interno sobre el externo, ya que no se puede realizar adecuadamente una observación externa sin suponer el punto de vista interno. La tesis fuerte de Nino «es que la perspectiva interna está indisolublemente conectada con la perspectiva interna de la moral y en especial con la perspectiva interna de la práctica discursiva que la modernidad ha acoplado a la moral positiva. Si ello es así, la perspectiva externa del Derecho como práctica social se distorsiona si no relaciona explicativamente esa práctica social con la práctica social del discurso moral ⁴⁸.

Por ello es que la identificación del Derecho, en su sentido justificatorio, no se puede realizar desde la posición de un observador externo. Eso es así, dice Nino, porque aun en el caso de un antropólogo jurídico que analice una sociedad determinada y detecte que hay ciertas regularidades en la identificación de las prescripciones por parte de los órganos primarios de esta sociedad, necesitaría saber además qué órganos considera legitimados conforme a otras proposiciones normativas para dictar tales prescripciones. Por esa razón, el concepto descriptivo institucional de Derecho no puede emplearse indefinidamente y de un modo recursivo para calificar como normas jurídicas a las normas que los jueces usan para justificar sus decisiones. Si así fuera,

⁴⁷ Véase, por ejemplo, C. NINO: «El concepto de Derecho en Hart», *Revista de Ciencias Sociales de Valparaíso*, 1987; «Las limitaciones de la teoría de Hart sobre las normas jurídicas», *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, Buenos Aires, 1985; *Ética, Política y Derecho*, Barcelona, 1994.

⁴⁸ Véase *Derecho, Moral y Político*, cap. II, p. 29 de su versión mecanografiada.

el razonamiento judicial justificatorio sería inválido. Es posible que los jueces acepten una norma porque ha sido dictada por una autoridad competente según claro está otras normas, y que éstas sean aceptadas por igual razón, pero este razonamiento no puede conducirnos al infinito. Y tampoco puede cortarse la cadena en un determinado punto y aceptar una norma —la básica del sistema— en virtud del hecho de que ha sido dictada por una autoridad determinada, puesto que de los hechos es imposible inferir justificaciones normativas. Por ello es que en opinión de Nino, el criterio último para identificar el Derecho tendría que hacer referencia a normas no jurídicas. Estas serían normas morales, es decir, aquellas que son aceptadas en virtud de sus propios méritos.

Esta forma de entender y de identificar el Derecho también es puesta de manifiesto en diversas interpretaciones que Nino hace de los trabajos de H. Kelsen ⁴⁹ y de A. Ross ⁵⁰. En todos esos trabajos de Nino existe una preocupación por señalar que el Derecho no puede ofrecer razones autónomas para justificar acciones y decisiones; tan sólo ofrece razones auxiliares. Únicamente la moral podría cumplir aquel papel.

Naturalmente, la primera cuestión que surge al plantear el problema de si el Derecho constituye una razón para la acción es dilucidar el concepto de razón. Hay dos tipos de razones que aquí interesan: las explicatorias y las justificatorias. Las primeras hacen referencia a estados mentales del sujeto que constituyen la causa de su acción, y que se identifican con los motivos. Las segundas, sirven no ya para entender una acción, sino para valorarlas. Por cierto, hay distintas relaciones entre unas y otras. Relaciones que Nino explora y que no presentaré aquí. Me interesa señalar, sin embargo, que el autor argentino, siguiendo a J. Raz, sugiere que para reconstruir adecuadamente el concepto y la función de las que son razones justificatorias hay que partir del razonamiento práctico, ya que la función fundamental de tales razones es la de servir como premisas en un razonamiento que conduce a una acción ⁵¹. Como se sabe, el razonamiento práctico alude a diferentes cuestiones y se puede entender de diferentes maneras, pero el sentido que a Nino le interesa hace referencia a una inferencia lógica que permite evaluar,

⁴⁹ Véase C. NINO: «Some Confusions around Kelsen's Concept of Validity», *ARSP*, 3, 1978; *La validez del Derecho*, caps. I y II.

⁵⁰ Véase C. NINO: «La concepción de Alf Ross sobre los juicios de justicia», *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, Buenos Aires, 1983; «Ross y la reforma del procedimiento de reforma constitucional», *Revista de Ciencias Sociales de Valparaíso*, 1984; *La validez del Derecho*, cap. IV.

⁵¹ Véase C. NINO: *La validez del Derecho*, cap. VII, especialmente p. 129.

fundamentar o guiar una acción. «Y es evidente también que un razonamiento sólo será hábil para evaluar, fundamentar o guiar una acción si su conclusión es un juicio valorativo o normativo, o sea, para decirlo en forma más oscura pero también más sugerente, un juicio cuya formulación no sea compatible con cualquier acción o actitud del que lo emite»⁵².

Si este razonamiento tiene la forma de una inferencia y en su conclusión aparece un juicio de «deber ser», debe haber al menos una de las premisas que sean un juicio de ese tipo. Ahora bien, Nino siguiendo las propuestas de Raz y dado que es común que se denomine «razones» a cualquier premisa del razonamiento práctico, distingue entre: razón completa, razón operativa y razón auxiliar. La primera está constituida por el conjunto de todas las premisas no superfluas de un razonamiento práctico válido. La segunda, es una premisa de deber ser que por si misma podía constituir una razón completa para la acción. La tercera, es una premisa que consiste en un juicio fáctico que indica un medio para satisfacer las razones operativas.

Las razones operativas tienen presupuestos implícitos. Estos son: su carácter autónomo, y el carácter de generalidad, universalidad y supervivencia de los juicios que sirven como razones operativas justificatorias. Todas estas propiedades fueron analizadas con anterioridad, no es necesario reiterarlo. Por último, las razones operativas justificatorias son jerarquizables, la final recibe el nombre de moral. «Este es el principio de unidad del razonamiento práctico, que evita la indecidibilidad de las acciones regidas por una pluralidad de razones. Este es el rasgo de integración de las razones, ya que consiste en la propiedad de agruparse en un sistema guardando cierto orden jerárquico»⁵³.

¿Qué papel juega el Derecho en el razonamiento práctico? Supóngase, dice Nino, que el razonamiento de un juez es del siguiente tenor: 1) se debe obedecer al legislador democráticamente elegido, 2) el legislador L ha sido elegido democráticamente, 3) L ha dictado una norma que establece «el que mata a otro será penado con ocho años de prisión», 4) debe castigarse a quienes matan a otro, 5) Juan mató a Pedro, 6) debe castigarse a Juan a ocho años de prisión. Según su análisis estos juicios en un razonamiento práctico cumplirían las siguientes funciones:

a) 1 sería un juicio moral en un sentido amplio y no puede ser identificado con una norma jurídica.

⁵² Véase *La validez del Derecho*, p. 130.

⁵³ *Id.*, p. 133.

b) 3 es un juicio descriptivo que menciona una norma jurídica y constituye una razón auxiliar.

c) La conclusión 6 debe ser del mismo tipo de juicio normativo que la razón operativa. Es, pues, un juicio moral, ya que se infiere de 1, un juicio moral en sentido amplio y de 3 que describe la existencia de una norma jurídica. Nino llama a este tipo de enunciados «juicios de adhesión normativa». «Dado que este tipo de enunciados son los juicios jurídicos justificatorios por excelencia, se confirma la conclusión defendida antes de que las proposiciones jurídicas prácticas son una especie de juicios morales»⁵⁴.

d) La pregunta es si 3 puede constituir —independientemente de 1— una razón operativa justificatoria. La respuesta es rotundamente no, ya que es un juicio de carácter descriptivo y quien lo invoca justificatoriamente incurre en la falacia naturalista⁵⁵.

e) 4 aparece en el razonamiento como una conclusión intermedia, constituyendo un juicio de adhesión. En realidad, si un juez asume 4 como razón operativa justificatoria no habrá observado una norma jurídica, sino que la habrá considerado como una norma moral. Su razonamiento no será un razonamiento jurídico práctico, será simplemente moral.

f) Si el juez asume 4, en cambio, porque el legislador así lo estableció, lo asume como un juicio de adhesión. De ello se sigue que para que una norma sea acatada el juez ha de invocar razones diferentes de las que tuvo el legislador para dictarla. El juez realizaría un razonamiento práctico jurídico en la medida que no razona como un legislador.

De todo ello, concluye Nino, «las normas jurídicas no expresan razones operativas autónomas para justificar decisiones, salvo cuando ellas son identificadas con juicios morales ... no expresan por sí mismas razones operativas para actuar»⁵⁶.

La concepción del Derecho de Nino influye, por cierto, en su visión de la actividad que realizan los juristas teóricos y en su caracterización de la dogmática jurídica⁵⁷. La dogmática jurídica tradicional parte de ciertos presupuestos que cualquier actividad científica debería satisfacer, y a partir de la constatación o no de la satisfacción de esos presupuestos por parte

⁵⁴ *Id.*, p. 140.

⁵⁵ Véase C. NINO: «Respuesta a J. Moreso, P. Navarro y C. Redondo», *DOXA* 13, 1993.

⁵⁶ *La validez del Derecho*, p. 143.

⁵⁷ Véase, especialmente, *Consideraciones sobre la dogmática jurídica*, México, 1974; *Algunos modelos metodológicos de ciencia jurídica*, Universidad de Carabobo (Venezuela), 1979; Fontamara, México, 1993, edición por la que se cita.

de actividad de los juristas afirman o no la «cientificidad» de la misma. Los presupuestos de la dogmática jurídica y la percepción que tienen los dogmáticos de la propia labor que realizan puede explicarse tanto histórica como ideológicamente ⁵⁸.

Al menos desde la codificación es un lugar común la opinión de los dogmáticos acerca de que su función no es evaluar el Derecho, sino contribuir a su sistematización. Resulta curioso, afirma Nino, «que estos presupuestos de los juristas dogmáticos acerca de su propia actividad tienen escasa correspondencia con los hechos. Lo que la dogmática jurídica procede a hacer es una verdadera reconstrucción del sistema positivo, tanto para eliminar sus indeterminaciones como para adecuarlo a ciertos ideales axiológicos subyacentes» ⁵⁹.

Las llamadas teorías jurídicas, como por ejemplo la teoría general del delito, no cumplen sólo una función descriptiva, sino también normativa, en el sentido de que ofrecen apoyo justificatorio para el derecho positivo a la vez que ofrecen soluciones para los casos no resueltos por ese mismo derecho que dicen no valorar. La función normativa que cumplen los juristas se advierte más fácilmente cuando se observa la labor de interpretación de las normas. Cuando se asignan significado a las disposiciones legislativas se pone claramente de manifiesto sus preferencias morales o ideológicas (sobre todo, aunque no exclusivamente, en la interpretación constitucional) aunque se vista con un pretendido ropaje «cientificista» en forma de métodos de interpretación.

Ante la insatisfacción que le produce el modelo tradicional de la dogmática jurídica que pretende describir una actividad que los juristas no hacen a la vez que enmascaran la que realmente realizan, Nino aboga por una reconstrucción de la dogmática que satisfaga la exigencia de mostrar cómo se desarrolla la actividad de los juristas y cuáles son las funciones que cumplen. Para alcanzar ese objetivo propone un modelo de ciencia normativa de Derecho.

En la presentación de este modelo trata de responder a dos preguntas. La primera versa acerca de porqué los juristas teóricos deben discutir los valores que justifican y que son necesarios para reformular las normas jurídicas positivas. La segunda, hace referencia a cuáles serían las líneas generales

⁵⁸ Para un análisis de estas explicaciones y de los presupuestos de la dogmática y de las funciones que cumple, véase, además de lo sugerido en la cita anterior, A. CALSAMIGLIA: *Introducción a la ciencia jurídica*, Ariel, Barcelona, 1986.

⁵⁹ Véase *Algunos modelos metodológicos de ciencia jurídica*, p. 17.

que deberían seguir las elaboraciones teóricas de los dogmáticos. La primera pregunta es, obviamente, más importante. La primera función del teórico, dice Nino, es ofrecer una guía para la administración de la justicia suministrando modelos de «sentencia ferenda». Ahora bien, como la interpretación y la aplicación de la ley que hacen los jueces depende necesariamente de cuestiones axiológicas, si los teóricos quieren formular guías para la administración de justicia deben tomarlas también en consideración.

Las implicaciones axiológicas de la función de los jueces se muestra, según Carlos Nino, en los siguientes aspectos. En primer lugar, los jueces tienen que asignar significado a las disposiciones legislativas. Al hacerlo, no resulta del todo obvio que se haya que seguir como criterio interpretativo el significado que le adscribe el uso ordinario del lenguaje, ya que en muchos casos el legislador utiliza palabras con un sentido técnico o con un significado no usual. Cuando la disposición que se ha de interpretar es además vetusta puede aparecer el problema añadido de que si se la interpreta literalmente (de acuerdo al significado ordinario) se puede producir un defecto contrario al perseguido por la ley. «Para transformar a la “regla de uso común”, de una guía práctica para inferir qué es lo que se debe asignarse necesariamente a las palabras de la ley, debe recurrirse a consideraciones axiológicas o pragmáticas» ⁶⁰.

En segundo lugar, el sistema jurídico puede presentar serias indeterminaciones. Estas pueden tener su origen en factores pragmáticos, semánticos, sintácticos o lógicos. Y cuando se acuden a determinados artificios para resolverlos se evidencia una clara vocación normativa, aunque se vista con ropajes descriptivos, tal como sucede con las «naturalezas jurídicas». «En síntesis, el orden jurídico no constituye, en los hechos, un sistema auto suficiente para resolver cualquier caso concebible. Y, no siendo posible resolver los casos no previstos univocamente mediante técnicas de interpretación y de reconstrucción del sistema axiológicamente neutrales, los jueces están compelidos a resolver tales casos recurriendo, en algún punto de su razonamiento, a principios y reglas no jurídicos» ⁶¹.

En tercer lugar, como ya se puso de manifiesto con anterioridad, el Derecho, según Nino, no ofrece razones justificatorias, sólo razones auxiliares. Por lo tanto, para justificar una decisión siempre hay que recurrir a criterios valorativos de orden moral. Al dictar sentencia, los jueces no pueden hacer dejación de su responsabilidad moral afirmando que su decisión se justifica

⁶⁰ *Id.*, p. 93.

⁶¹ *Id.*, pp. 94-95.

porque así lo establece la ley. Deben asumir (y explicitar) los presupuestos axiológicos que hace legítimo, en todo caso, la observancia de esa norma.

Pero en la medida en que los jueces deben recurrir a valores para justificar sus decisiones, los juristas deben abandonar sus prevenciones valorativas si desean ofrecer «sentencias *ferenda*». Y si se asume que los teóricos cumplen esa función, que es socialmente muy importante, sólo resta establecer entonces, dice Nino, cómo debería desarrollarse. Y sugiere dos niveles. En el primero, se debería apreciar la justificación del sistema jurídico, de sus instituciones fundamentales, de las prácticas jurídicas vigentes. Problemas como la división de poderes, la justificación de la pena, la relevancia de los acuerdos entre particulares, el sistema hereditario son algunas de las cuestiones que se analizarían en este nivel. Se perseguiría aquí ofrecer pautas de *lege ferenda* para justificar normas jurídicas y para sugerir vías para su modificación.

En el segundo nivel se concibe la actividad del jurista como eminentemente normativa. Se trataría de reconstruir el sistema evitando sus indeterminaciones de acuerdo a pautas abiertamente (y no de una manera oculta como lo hace la dogmática tradicional) valorativas.

«Los órganos de aplicación que son conscientes del hecho de que su actuación implica ineludiblemente una toma de posición respecto de cuestiones axiológicas fundamentales encontrarán orientaciones sumamente valiosas en elaboraciones teóricas construidas de acuerdo a estos lineamientos ... en la medida que tengan a su alcance diferentes desarrollos teóricos que parten explícitamente de distintas concepciones valorativas básicas, mostrando sus implicaciones para cuestiones particulares y las formas en que las normas positivas pueden ser interpretadas y aplicadas para adecuarlas a las exigencias de tales concepciones, los jueces contarán con un material invaluable para descargar su responsabilidad de alcanzar decisiones moralmente justificables con discenimiento y lucidez.» ⁶².

4. Su concepción de la democracia

Si bien es cierto que la concepción de los derechos humanos de Carlos Nino es que éstos tienen una naturaleza moral y una centralidad básica, también es cierto que postula que su reconocimiento por parte de la teoría

⁶² *Id.*, pp. 108-109.

y de las prácticas jurídicas debe ser tenido en cuenta como una condición para la justificación de las normas y de las decisiones jurídicas. De ahí surge su hipótesis de que «es la función de hacer efectivos los derechos individuales básicos lo que provee la justificación moral primaria de la existencia de un orden jurídico, o sea de un gobierno establecido» ⁶³.

De este modo, el juego de los principios morales antes reseñados otorga una justificación moral al orden jurídico, o a la existencia de autoridades capaces de dictar normas y de imponerlas a través del uso del aparato que detenta el cuasi monopolio del uso de la violencia en la sociedad. Esto conduce a Nino a plantearse dos problemas a cuya solución abocó buena parte de sus esfuerzos: en primer lugar, establecer qué forma de gobierno minimiza la posibilidad de dictar normas éticamente inaceptables, y vinculado de ello, la cuestión de si existe o no una obligación de obedecer la ley incluso cuando es moralmente errónea, y en segundo lugar, cómo solucionar la aparente paradoja de la irrelevancia moral del Derecho y del gobierno.

Es evidente que la respuesta a la primera pregunta es la democracia, y que aceptando la noción estándar, Nino define como un sistema de toma de decisiones mediante la regla de la mayoría, ya sea en forma directa o por medio de representantes elegidos periódicamente. Pero esta definición no resuelve la pregunta de porqué la democracia está justificada. Nino rechaza diversas teorías que fueron formuladas a tal efecto. Así por ejemplo, no son pocas las críticas que dirige contra la teoría de la democracia como expresión de la soberanía popular, de la democracia como gobierno que cuenta con el consentimiento de los gobernados, de la democracia fundada bajo presupuestos contractualistas o de ciertas teorías consecuencialistas de la democracia. En su opinión, la democracia se justifica porque constituye un sucedáneo del discurso moral.

Tomando como punto de partida la afirmación de William Nelson de que la democracia es una forma de gobierno que tiende a producir leyes moralmente aceptables, dados los *test* que deben superar antes de ser promulgadas, Nino se propone profundizar esa idea poniendo de manifiesto de un modo más radical la relación que existe entre la democracia y el debate público. Ya Benn y Peters habían advertido que la democracia funciona en una atmósfera de discusión, y las reglas del juego político que las rigen están destinadas precisamente a favorecer y garantizar el diálogo y el debate político entre todos los miembros de la comunidad.

⁶³ Véase C. NINO: *Ética y derechos humanos*, p. 368.

Las reglas de la democracia, como por ejemplo las que imponen que no puede haber discriminaciones en virtud de la raza, el sexo, condición económica, etc.; que el voto de los ciudadanos debe tener igual valor; que las decisiones políticas colectivas se toman por el procedimiento de la mayoría; que debe haber alternativas reales; que los representantes se eligen periódicamente; que no se pueden violar los derechos de la minoría; genera un procedimiento de toma de decisiones similar, según Nino, al procedimiento que rige el discurso moral. Como ya tuve oportunidad de exponer en otro sitio ⁶⁴, el respeto las reglas del juego político democrático posibilitaría que los ciudadanos, en pie de igualdad (una persona, un voto) y en un marco de ausencia de presiones y condicionamientos (libertades públicas) puedan desarrollar una actividad dialogante (interviniendo en forma directa o por medio de representantes) con el fin de alcanzar una decisión políticamente correcta siguiendo el procedimiento de la mayoría (fórmula práctica que más se aproxima al consenso moral).

Pero como se puede advertir, y Carlos Nino se ocupa de subrayar, las reglas del procedimiento democrático, aunque semejantes, no son idénticas a las del discurso moral. En primer lugar, porque en la democracia hay que tomar decisiones en un momento determinado —no hacerlo implicaría tomar también una decisión aunque de sentido opuesto—, lo que impone un límite temporal a las deliberaciones, y esto a diferencia del discurso moral que funciona dentro de un marco ilimitado de tiempo. En segundo lugar, la aceptación de la regla de la mayoría para dirimir conflictos hace que las personas tiendan a la unanimidad, aunque no logren alcanzarlo. En tercer lugar, los problemas que plantea la teoría de la democracia representativa hace que la participación de los individuos en el debate no sea tan clara como en el discurso moral. Estas tres desviaciones suponen que el discurso democrático pueda ser visto como un discurso moral «regimentado» o como un «sucedáneo del discurso moral», en palabras de Nino.

La justificación de este sucedáneo del discurso moral, según Nino, no es sólo que extiende la posibilidad pragmática de ese discurso, sino que tiende a la imparcialidad. Esto es así, porque en el juego entre mayoría y minorías los individuos tenderán a perseguir la adhesión a posiciones del mayor número de individuos posibles. Y este objetivo será perseguido únicamente a través de la discusión de los méritos propios de cada posición. Como además el proceso debe llevarse a cabo públicamente, deberá tomar en consideración

⁶⁴ Véase J. F. MALEM SEÑA: *Concepto y justificación de la desobediencia civil*, Barcelona, 2.ª ed., 1990, pp. 178 y ss.

todos los intereses implicados, exceptuando valorarlos atendiendo a consideraciones particularistas. La necesidad de sumar votos constituiría un fuerte incentivo para que cada uno se acerque a posiciones de imparcialidad.

Este enfoque implica, afirma Nino, que la democracia adquiere un valor epistémico. Y constituye un buen método para acercarnos a la verdad moral. Y no sólo porque la libre discusión colabora en la detección de las fallas en el razonamiento sino porque es improbable que una persona aislada asuma de una manera imparcial los intereses en juego. En ese sentido, el proceso de discusión democrática guiaría a la persona moral a acercarse a los principios morales con un más alto índice de probabilidad que si hace de forma aislada. Naturalmente, el procedimiento democrático no asegura que todas las decisiones que se tomen sean moralmente correctas, sino que su valor radica en que tales decisiones tienen mayor probabilidad de serlo que cualquier otro procedimiento.

Estas consideraciones adquieren especial relevancia para el problema de la obediencia a la ley. Si el orden jurídico democrático reconoce los derechos individuales, favorece la cooperación entre los ciudadanos y dirime los conflictos sociales de un modo imparcial se genera en los ciudadanos un deber de obedecer la ley. Por otra parte, la democracia entendida como un sucedáneo del discurso moral tiene un valor epistémico agregado que también es relevante, ya que si se han cumplido los presupuestos democráticos existe una fuerte presunción acerca de que sus decisiones son moralmente correctas y, por lo tanto, deben ser obedecidas. Es en este contexto de su teoría en que Nino se pregunta cuál es la actitud moralmente correcta si una persona siente que sus propias valoraciones colisionan con las normas jurídicas establecidas democráticamente. La respuesta que nos ofrece es cautelosa. Distingue entre aquellos derechos violados por las normas jurídicas democráticas que son condición necesaria para el discurso moral o para su sucedáneo democrático y aquellos que no lo son. En el primer caso, el derecho a la vida o a la libertad de expresión por ejemplo, la desobediencia a tales normas estaría justificada. A esta conclusión se podría llegar por reflexión individual, ya que «son derechos *a priori* respecto del método de conocimiento moral constituido por la discusión y decisión colectiva y se determinan reflexionando acerca de las condiciones que dan valor a estas últimas»⁶⁵. En el segundo caso, por el contrario, el ciudadano —y el juez— tienen un deber *prima facie* de obedecer aun en contra de los mandatos

⁶⁵ Véase *Ética y derechos humanos*, p. 406.

de su conciencia, puesto que la discusión democrática constituye un procedimiento mejor para la determinación y el conocimiento de la corrección moral de las acciones. Aceptar la tesis contraria, según Nino, sólo serviría para avalar una especie de soberanía moral individual.

Por cierto que el análisis del problema de la obediencia a la ley debe ser complementado por el examen de dos prácticas sociales que en los últimos años han tenido una importancia singular: la objeción de conciencia y la desobediencia civil. Más proclive a aceptar la primera que la segunda, Nino sostiene que bajo circunstancias muy especiales, en un régimen democrático, ambas estarían justificadas. En el primer caso, cuando las normas que son desobedecidas por razones de conciencia violan el principio de autonomía de las personas sin ninguna razón, imponiendo por ejemplo el saludo a la bandera o prohibiendo practicar determinados modos de relaciones sexuales entre adultos que consientan a ello. En el segundo caso, más difícil de justificar, cuando el procedimiento democrático ha tenido tantas fallas en su procedimiento que su valor epistemológico y su garantía de los derechos individuales han quedado totalmente desvirtuados.

La actitud del ciudadano frente a las leyes también fue analizada por Carlos Nino desde una perspectiva diferente, aunque naturalmente interrelacionada a la anterior. Me refiero al problema de la anomia⁶⁶, centrada por el autor argentino en una dinámica de interacción que, debido a intereses y expectativas particulares, conduce a la frustración de esos intereses para la mayoría de los partícipes en dicha interacción. El examen de este problema le permite formular una explicación tentativa del subdesarrollo en que vive la República Argentina y de la reversión económica y social que ininterrumpidamente ha sufrido desde prácticamente los albores de este siglo.

Según Nino, la tendencia, que luego se materializaría incluso reforzándose, hacia la anomia y la ilegalidad en la Argentina ya se podía apreciar en algunos rasgos de los últimos años de la vida colonial, como lo muestra el contrabando a la sazón imperante o la desobediencia a las leyes emanadas de la autoridad metropolitana. Estos rasgos se hicieron más patentes en la primera época de la independencia argentina y que Nino ilustra con las desastrosas consecuencias que tuvo una interpretación incorrecta primero —favorecida por lagunas legales— y una clara violación de la misma después de la ley de enfiteusis de Rivadavia de 1826, y que explica en parte la distribución de la tierra en la actualidad. Una ley que en principio perseguía

⁶⁶ Véase C. NINO: *Un país al margen de la ley*, Buenos Aires, 1992.

la distribución de tierras fiscales entre inmigrantes produjo que 6.500.000 acres de tierra fértil fueran cedidas a 122 personas, y que 10 de ellas recibieran 133.000 acres ⁶⁷.

Este no es el único ejemplo suministrado por Carlos Nino en apoyo de sus tesis. A través de un somero análisis de comportamientos ilegales que supone más o menos generalizados en Argentina, como ocurre en el tránsito, en las actividades productivas, en la evasión impositiva o en el fenómeno de la corrupción, persigue llamar la atención sobre lo que a su juicio ha pasado desapercibido para politólogos, sociólogos e historiadores, y que no se puede entender el subdesarrollo argentino sin hacer referencia a esta situación de anomia que frustró diversos intentos de cooperación en la sociedad argentina.

Nino sugiere, haciéndose eco de ciertos problemas presentados por la teoría de juegos sobre la ineficiencia de una interacción basada en participantes autointeresados que termina frustrando los fines perseguidos, que la solución obvia —lo que no es novedoso— radica en la existencia de normas. No de cualquier norma, por cierto, sino de aquéllas que son condición necesaria para desarrollar acciones colectivas eficientes, ya sea modificando las preferencias de los participantes o asegurando las expectativas de los mismos. La ley Sáenz Peña que introdujo el voto obligatorio en la República Argentina en 1912 le parece un buen ejemplo para señalar cómo una norma sirve para eliminar ciertos obstáculos para la cooperación social. Como se sabe, en Estados donde el voto no es obligatorio existiría una tendencia entre sus ciudadanos, si son autointeresados y racionales, a no votar. Esto es así porque el valor de un voto es casi insignificante si se tiene en cuenta el cómputo total de los mismos y el beneficio que se obtiene, por lo tanto, de ir a votar no compensa los inconvenientes que genera. Si todos fueran autointeresados nadie iría a votar y quebraría el sistema, provocando consecuencias irreparables para los ciudadanos.

A esta paradoja habría que sumar, agrega Nino, una cierta dinámica social. Hay sectores sociales que por las razones que sean no van a votar, esto hace que los representantes elegidos no tomen en cuenta sus intereses, lo que conduce a su vez a que los miembros de esos sectores se abstengan de votar en las futuras elecciones. La manera de quebrar estas dificultades y favorecer la acción social es imponiendo la obligatoriedad del voto. Y de ahí la justificación de la ley Sáenz Peña. Tal que debía solucionar la

⁶⁷ *Id.*, p. 59.

paradoja del voto produjo como consecuencia inmediata que se triplicara el número de votantes y que los sectores populares tuvieran un peso muy considerable en la elección de autoridades. La consecuencia mediata curiosamente es que, según arguye el propio Nino, los sectores conservadores no gobernasen ya más en Argentina, sino a través de la proscripción de partidos que se reclamaban populares o de golpes de Estado militares ⁶⁸.

Para superar la situación de anomia en Argentina Carlos Nino propone una serie de reformas institucionales ⁶⁹, que no detallaré aquí, y que afectan a la estructura del Estado. Pero esas reformas no son suficientes si no van acompañadas de medidas que favorezcan la educación en los valores democráticos liberales de la sociedad. No se trataría sólo de fomentar la educación a todos los niveles, de la básica a la universitaria, sino de facilitar también comportamientos socialmente aceptables a través de la observancia de normas. Se trataría efectivamente de promover la autonomía de las personas para que libremente puedan elegir sus propios planes de vida, pero señalando al mismo tiempo los inconvenientes a los que puede conducir una situación de anomia generalizada. Para decirlo en palabras del propio Nino, «el desarrollo de la autonomía personal requiere normas intersubjetivas que permitan su expansión igualitaria ... Hay normas intersubjetivas que deben necesariamente promoverse y hasta imponerse coactivamente si es que debe materializarse la autonomía personal que el liberalismo ensalza. Una de las formas de promover tales normas intersubjetivas es a través del proceso educativo. Es más, es posible que no haya una observancia efectiva de normas públicas si no se desarrollan ciertas virtudes de carácter, las que forman parte de un espíritu cívico. Es inevitable recurrir al proceso educativo para promover esas virtudes ...» ⁷⁰.

⁶⁸ *Id.*, p. 179. Esto conduciría a una nueva paradoja. La democracia exige el voto del mayor número posible de ciudadanos. Si esto ocurre, las clases populares tendrán más posibilidades de ver representados sus intereses en el Gobierno. Pero ello generaría una reacción en los sectores económicamente poderosos, aunque minoritarios, que socavarían precisamente las bases democráticas. Este conflicto se ha saldado tradicionalmente en Argentina mediante golpes de Estado militares en favor de los intereses minoritarios del país. También se ha buscado potenciar esos mismos intereses, a través de gobiernos ungidos con el voto popular, pero que se alejan de las aspiraciones populares, como es el procedimiento seguido por el peronista Carlos Menem. Tal vez la solución sea la existencia de nuevas normas que fortalezcan al Estado en su papel de árbitro, de tal manera de asegurar que en cada acto de cooperación entre los diferentes sectores los peores situados mejoren de un modo no irrelevante su posición.

⁶⁹ Véase C. NINO: *Un país al margen de la Ley*, pp. 217 y ss. Tales reformas coinciden naturalmente con los análisis y las propuestas realizadas en C. NINO y otros, «*El presidencialismo puesto a prueba*», C. E. C., Madrid, 1992; Consejo para la Consolidación de la Democracia, *Reforma constitucional*, Buenos Aires, 1986.

⁷⁰ Véase C. NINO: *Un país al margen de la Ley*, p. 251.

5. Su concepción de la constitución

Si se acepta una visión no esencialista del significado de las palabras, tal como lo hace Carlos Nino, se debe aceptar también que, como ocurre con «derecho», la palabra «constitución» y «constitucionalismo» admiten una pluralidad de significados. Entre ellos, Nino distingue entre un sentido mínimo de constitucionalismo de un sentido pleno y que coincide con una cierta manera ya clásica de entender la constitución como una pieza formal o provista de ciertos contenidos materiales. En el primer caso, el constitucionalismo haría referencia a la exigencia de que los Estados cuenten con una constitución, esto es, con un elemento que sirva de vértice al orden jurídico, que estructure los órganos del Estado, que establezca la relación entre éste y los ciudadanos y que limite las competencias del legislativo. E identifica con el segundo sentido a las exigencias de que la constitución satisfaga unos ciertos requisitos básicos de procedimientos y de contenidos. El sentido mínimo de constitucionalismo parece implicar el Estado de Derecho, y el sentido fuerte el de una democracia liberal ⁷¹.

En cuanto a la noción de constitución, ésta puede tener carácter normativo, descriptivo o mixto, dada su dependencia del concepto de Derecho. En el primer caso se puede hacer referencia al conjunto de los principios válidos que genera el sistema de derechos individuales; o aludir a una organización legítima de la estructura estatal y del procedimiento de toma de decisiones. En el segundo caso, puede referirse a las normas básicas que de hecho son reconocidas por los órganos primarios. En el tercer caso, se haría referencia a las normas básicas que de hecho son adoptadas a través de un procedimiento legítimo de toma de decisiones colectivas. Es obvio que el número de definiciones puede extenderse, dependiendo de su utilidad en el contexto en que se utilice y de los fines que se persiga.

Pero la cuestión por la que Nino estaba interesado fundamentalmente era tratar de responder a la supuesta irrelevancia de la constitución en el razonamiento práctico. La cuestión es la siguiente. Como ya expresé más adelante, Nino considera que la existencia de una norma jurídica no puede justificar una decisión o acción, y ello por razones lógicas. Un juez, por

⁷¹ Véase C. NINO: *Fundamentos de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, p. 2. La idea de que el estado de Derecho es compatible con cualquier contenido —exceptuando el terrorismo de Estado— no es nueva, aunque no todos lo aceptarían. Aquí también se podría hablar de un sentido mínimo y un sentido pleno de Estado de Derecho e identificar el sentido pleno con la idea de una democracia que respete los derechos individuales.

ejemplo, no podría dictar válidamente una resolución de libertad para un detenido arbitrariamente basado en un artículo de la constitución que establece que nadie puede ser privado de libertad sino lo es en virtud de una orden escrita emanada de autoridad competente. Si lo que el juez hace al invocar esta norma constitucional es describir una práctica social, utilizando un concepto descriptivo de constitución, no podría inferir un deber de dictar una resolución para dejar en libertad al detenido —en realidad, no podría inferir ninguna resolución—, ya que si así lo hiciera cometería una falacia naturalista. Por lo tanto, la apelación del juez a la disposición constitucional —si quiere justificar su decisión— tiene que tener un carácter normativo. Debe suponer que existe otra normativa que diga «debe hacerse lo que la autoridad constitucional prescriba». Pero entonces debe suponer otra norma, ... y así sucesivamente.

Pero como este proceso no puede conducir al infinito, es necesario aceptar —continúa Nino— una norma que prescriba que se debe obedecer a cierta autoridad en virtud de sus propios méritos. Esta norma no puede ser jurídica, sino moral. Ello quiere decir que si para saber si una norma es jurídica, ha de mostrarse que deriva de una norma moral que otorgue legitimidad a la autoridad que la dictó. Y así se acepta que una norma que deriva de una autoridad moral es, a su vez, una norma moral, se tendrá que concluir que las normas jurídicas son especies de normas morales. Esto implicaría que el discurso jurídico es un caso especial de discurso moral. Este es el sentido que tiene que los jueces recurran a la regla de reconocimiento para justificar la aplicación de una norma. Lo hacen situándose en el punto de vista interno, es decir, adhiriendo moralmente a esa norma, que es otra forma de decir, apelando a normas morales.

La idea que de este proceso se extrae es que los principios morales ya contienen todo lo que una constitución puede contener, y por lo tanto, nada agrega a los principios justificatorios. De tal manera que si la constitución no recepta esos principios justificatorios no es legítima y no podrá ser utilizada en el discurso práctico. Pero si reconoce tales principios, entonces es redundante, ya que apela a los mismos principios del discurso moral que está insito en el razonamiento práctico y por lo tanto es superflua.

Pero esta aparente paradoja de la función legitimadora de la constitución tiene, según Nino, una posible solución. La constitución originaria, escrita o no es un hecho histórico que funda un proceso que luego da lugar a un orden jurídico. No todos los intentos constitucionales históricos tienen éxito, por cierto, pero algunos de ellos sí, debido a ciertas características

que en su momento fueron relevantes. Eso posibilitó que las acciones de la comunidad se coordinen alrededor de esa norma constitucional. Pero ningún operador jurídico: constituyente, legislador, juez, tiene el control exclusivo sobre este proceso sino que sólo puede influir en él parcialmente. Por esa razón, sus respectivas acciones deben estar guiadas por una racionalidad apropiada. Esto implica que cada una de las acciones de esos operadores tiene que estar dirigida a preservar y mejorar el orden jurídico, salvo que éste sea tan inmoral que la acción éticamente debida de los operadores jurídicos sea precisamente tornarla inaplicable.

La justificación de esta práctica puede advertirse en la concepción de Nino por la adopción de un tipo de razonamiento escalonado en dos niveles ⁷². En el primer nivel y más básico, se deben articular las razones que legitiman esa práctica. Aquí se hacen valer las razones de tipo procedimentales y sustantivas. Hay que considerar si la constitución es el fruto de un procedimiento de toma de decisión colectiva democrática. Si su promulgación estuvo precedida de un debate libre y abierto y si en su aprobación hubo —o se tendió al— consenso. Hay que tener en cuenta también si recepta los derechos individuales básicos que, como ya se advirtió, constituyen un prerequisite del valor epistémico del procedimiento de toma de decisiones. En este primer nivel resulta obvia la relevancia que los principios y procedimientos moralmente válidos tienen para la constitución y el Derecho constitucional.

Si el resultado de la evaluación del primer nivel es satisfactorio se pasa al segundo nivel, en el cual se trata de aplicar la constitución para justificar acciones y decisiones. En este nivel el razonamiento está constreñido por las razones establecidas en el nivel anterior, lo que implica que no se pueden aducir aquí principios o procedimientos incompatibles con el anterior, esto es, con la preservación y mejora de la constitución.

En este nivel el razonamiento moral también estaría presente. En primer lugar, porque existe un orden prevalente del primero sobre el segundo nivel, lo que hace que en el razonamiento en su conjunto tenga preeminencia los principios y procedimientos morales. En segundo lugar, se manifiesta en la solución de indeterminaciones de la constitución, lo que permitiría enriquecer la práctica constitucional hacia formas más aceptables de legitimidad.

En resumen y para decirlo con las propias palabras de Carlos Nino, el razonamiento escalonado responde a un «tipo de racionalidad de “lo segundo

⁷² *Id.*, pp. 70 y ss., y del mismo autor «La Constitución como convención», *Centro de Estudios Constitucionales*, Madrid, núm. 6, mayo-agosto de 1990, pp. 211 y ss.

mejor"» porque los casos individuales serían mucho mejor resueltos, por definición, si pudiéramos justificar nuestras acciones y decisiones sobre la base de principios valorativos últimos. Pero no podemos hacerlo fuera de una práctica constitucional, y, para preservarla, en lugar de caer en otra o en ninguna, lo que por hipótesis llevaría a peores soluciones, es que debemos conformarnos con justificar nuestras acciones y decisiones de modo compatible con la constitución que tenemos, aunque tendiendo a su perfeccionamiento ⁷³.

La concepción de Nino acerca del papel de la constitución y de los criterios que se han de satisfacer para su justificación se reflejan también en el tratamiento de dos temas: el control de constitucionalidad por un lado, y la validez de las leyes de facto por el otro.

El control de constitucionalidad. Es sabido de que en casi todas las democracias modernas se han arbitrado procedimientos para que determinados órganos: tribunales constitucionales, ciertos tribunales colegiados o los jueces en general, puedan valorar si una ley es o no conforme a la constitución. Las condiciones, los procesos y las consecuencias de este control de constitucionalidad son diversos, pero la idea que subyace a todos ellos es que los jueces tienen cierta capacidad de veto sobre las decisiones tomadas mediante un procedimiento democrático. Esto supone, en principio, un fuerte revés para los ideales democráticos, ya que un órgano no representativo, los jueces, podría restringir las decisiones mayoritarias. A plantear y tratar de resolver la aparente paradoja que supone el control de constitucionalidad Nino dedica un par de trabajos ⁷⁴. ¿Cuál es el fundamento, se pregunta Nino, de ese control de constitucionalidad? Como ya se expuso con anterioridad, según Nino las normas jurídicas no justifican acciones y decisiones, y su validez —como fuerza obligatoria— no deriva del propio derecho sino de valoraciones morales. La democracia, por otra parte, tiene un valor moral epistémico, ya que permite conocer con mayor grado de fiabilidad que otro procedimiento la verdad moral. Esto es así, porque las decisiones se toman después de un debate libre y abierto, buscando el consenso y teniendo como presupuesto tanto los derechos individuales como la satisfacción del requerimiento de imparcialidad. En ese contexto, la constitución y las normas jurídicas tienen la pretensión (y la mayor posibilidad) de ser justas. Al permitir que un juez o un tribunal juzgue la validez de una ley se estaría propugnando, dice Nino,

⁷³ Véase *Fundamentos de Derecho Constitucional*, p. 76.

⁷⁴ Véase C. NINO: *Fundamentos de Derecho Constitucional*, especialmente pp. 657 y ss., y «La filosofía del control judicial de constitucionalidad», *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 4, septiembre-diciembre 1989, pp. 79 y ss.

un cierto elitismo inaceptable y supondría que la verdad moral podría ser alcanzada por reflexión individual. Esto cerraría cualquier posibilidad de juzgar el valor de una ley dictada por órganos democráticos. Sin embargo, Nino sostiene que es posible, siendo absolutamente cautelosos, encontrar vías para la posible justificación del control de constitucionalidad. Ellas son las siguientes.

En primer lugar, parece obvio que no todas las «democracias actuales» satisfacen los requisitos procedimentales que se suponen deben satisfacer. En estos casos, los jueces no tienen razones epistémicas para confiar moralmente en una decisión que se tomó al margen, o violentando, el procedimiento democrático. Esto quiere decir, que al juzgar la inconstitucionalidad de una ley, los jueces están obligados a determinar si en la elaboración y posterior promulgación de la ley se cumplieron los pasos que el discurso democrático exige. Si no es así, los jueces deben declarar la inconstitucionalidad de esa ley, decidiendo en función de una constitución ideal. Existe pues una posibilidad procesalista para justificar el control de inconstitucionalidad.

En segundo lugar, es empíricamente posible que en una democracia se dicte una ley de corte perfeccionista que imponga a los ciudadanos pautas de conducta de excelencia personal. Como se sabe, es necesario distinguir entre principios morales intersubjetivos y los ideales de excelencia personal. Sólo los primeros pueden ser impuestos legítimamente por el Derecho, ya que el valor epistémico de la democracia está en función de su tendencia a la imparcialidad, y ésta es propia sólo de los principios morales intersubjetivos. Los ideales de excelencia personal están conectados y dependen del principio de autonomía de la persona que, como ya se puso de manifiesto, es un presupuesto del discurso democrático, y que dado la estructura escalonada del razonamiento constitucional tiene preeminencia sobre el resultado final del discurso en su conjunto. Aparece así una nueva forma de legitimar la declaración de inconstitucionalidad dictada por el procedimiento de la mayoría: cuando ésta viola el principio de autonomía, el resto de los principios morales o los derechos que de ellos se infieren.

En tercer lugar, dice Nino, no hay que olvidar que si bien es cierto que la democracia suministra indicios epistémicos fiables acerca de la corrección moral de sus principios y decisiones que se adoptan y que se deben aplicar a la práctica constitucional, también es cierto que esa misma práctica sirve como condición para la continuidad y la eficacia de la democracia. De ahí que el juez sea también un garante de esa continuidad y deba declarar la inconstitucionalidad de leyes, adoptadas mayoritariamente, que la amenacen.

Con esto se elimina cierta paradoja de la democracia. El juez no puede tolerar —en realidad ningún órgano del Estado debería hacerlo— que a través de procedimientos democráticos se subvierta ese orden. Surge así una tercera vía para justificar la declaración de inconstitucionalidad.

En resumen, y en palabras de Nino, «el juez debe ponderar permanentemente hasta qué punto da preferencia a la continuidad de la práctica sobre su perfeccionamiento; hasta qué punto el procedimiento democrático es lo suficientemente apto como para confiar en su determinación sobre los principios, a la luz de los cuales la práctica deber ser perfeccionada; en qué medida ese proceso debe corregirse y profundizarse; hasta qué punto esa corrección y profundización socava la continuidad de la práctica; en qué medida la autonomía individual está lesionada por el fundamento de una decisión democrática, etc.»⁷⁵. Pero esto requiere que los jueces actúen no sólo con cautela, sino que deberían superar, como el propio Nino dice, las más «hercúleas» de las cualidades que imagina Dworkin como propiedad de su juez. Hasta qué punto esto es empíricamente posible no es analizado por nuestro autor, por mí tampoco lo será.

La validez de las leyes de facto. Un problema que mantiene una relación estrecha con el anterior es la doctrina de la validez de los actos jurídicos realizados por los gobiernos emergentes a través de golpes de Estado militares y que han tenido una gran relevancia —negativa— en la vida constitucional argentina.

Como es sabido, la vida institucional en la República Argentina se ha visto sacudida de manera ininterrumpida desde 1930 hasta nuestros días, y no son pocos los autores que asignan igual validez jurídica a las normas de facto que a las dictadas por gobiernos democráticos. Dos son las cuestiones que preocupan a Carlos Nino: cuál es la validez de las normas de facto, y qué validez tienen esas normas una vez que un gobierno democrático reasume el poder. Las respuestas que se han formulado a estas dos cuestiones se han visto oscurecidas, según el autor argentino, por los diferentes significados que se le asigna a la palabra «validez», y que en su lenguaje se identifica con «fuerza obligatoria o vinculante».

En principio, Nino distingue las normas que son justas por su contenido, de aquellas que lo son por su origen. Puede darse el caso de que un gobierno dicte una disposición cuyo contenido sea moralmente inobjetable, esto es, que aceptando los principios morales básicos respete los derechos individuales.

⁷⁵ Véase C. NINO: *Fundamentos de Derecho Constitucional*, p. 704.

Y aunque esta hipótesis sea difícil de verificar empíricamente, no habría ninguna razón lógica que impida pensar en dictadores benevolentes cuya única misión fuera dictar normas justas. Pero si promulgaran tales normas, éstas deberían ser obedecidas, ya que si las normas son justas por su contenido las consideraciones acerca de su origen resultan superfluas. En realidad, los ciudadanos satisfacerían las exigencias morales realizando la acción, y el hecho de que las ordenara el derecho sería irrelevante.

Una cuestión diferente es, ahora, si se puede justificar de alguna manera una ley dictada por un gobierno de facto sin apelar a su contenido. Puede ser, dice Nino, que una vez que se ha usurpado el poder, el retorno a la democracia no sea sencillo y que la desobediencia a las leyes dictatoriales generen mayores problemas respecto al orden, a la seguridad de las personas o la vuelta a la democracia que su obediencia. Salvo, naturalmente, en la medida que esas normas sean insoportablemente injustas. Aquí el reconocimiento —aceptabilidad— de las leyes que tienen su origen no en gobiernos democráticos es radicalmente inferior, ya que carecen de la presunción de justicia que tienen las leyes establecidas por el procedimiento democrático que constituye un sucedáneo del discurso moral. En ese sentido, las normas de facto tienen «un grado muy bajo de validez *prima facie* [...] (así como es necesario receptar la idea de validez *prima facie*, que indica el hecho de que ella surge de *algunas* razones o principios morales que pueden ser desplazadas por otros de mayor jerarquía, es también necesario adoptar la idea de que la validez admite *grados* según la jerarquía de los principios o consideraciones en los que se funda)»⁷⁶.

Pero a pesar de esta debilidad de origen, si en virtud de consideraciones de orden o de seguridad de las personas o de sus bienes, éstas tienen un valor éticamente superior a las que surgen de una desobediencia a la ley, el juez luego de un examen cuidadoso debe declararlas válidas —con fuerza vinculante u obligatoria— y el ciudadano acatarlas.

Es importante señalar aquí las diferentes actitudes que los jueces han de tener ante las leyes de facto y las democráticas. Ante estas últimas debe reconocer el valor epistémico agregado por el procedimiento democrático, y en caso de disonancias en sus conciencias producidas por el choque entre sus propias valoraciones y el contenido de las leyes, debe aceptar el sentido mayoritario —con las excepciones vistas en el apartado anterior—. De otro modo harían gala de soberbia moral. Pero esto se desvanece ante las leyes

⁷⁶ Véase C. NINO: «La validez de las normas de facto», en *La validez del Derecho*, Buenos Aires, 1985, p. 101.

de facto que no van acompañadas de ningún valor epistémico. En este caso el juez tiene que asumir una posición particularmente responsable. Tiene que vigilar hasta qué punto esas normas son justas y en caso contrario, y siempre que otras consideraciones de seguridad y orden no se opongan, declararlas inválidas.

Por cierto que este tipo de consideraciones en favor de un cierto reconocimiento de un grado muy bajo de validez de las leyes de facto se debilita aun más cuando el gobierno democrático reasume sus funciones. En este caso, los ciudadanos estarán vinculados por las leyes de facto hasta que, en casos particulares, estas leyes sean revisadas por los jueces, con el agregado de que las razones de orden o de seguridad serían en este caso muchísimo más débiles, o bien hasta que el parlamento democrático las derogue.

En resumen, si las normas de facto son justas, deben ser reconocidas como válidas y los jueces deben aplicarlas. Si el contenido de las normas de facto no es axiológicamente satisfactorio queda la posibilidad de que el juez establezca un equilibrio entre las razones de seguridad y de orden que serían garantizadas por la obediencia a esas normas y las desviaciones de contenido —dentro de ciertos límites— que se aprecian en la ley. Y en su caso, declarar la inconstitucionalidad de la misma. Finalmente, dado que las normas de facto existen —aunque con un grado de validez débil— vinculan a los ciudadanos hasta su derogación o declaración de inconstitucionalidad. Sin embargo, en opinión de Nino, como una excepción a lo ya dicho, las leyes de facto no darían lugar a derechos adquiridos en los actos de índole pública, por ejemplo a la estabilidad en el puesto de trabajo para la administración pública, hasta su ratificación por las autoridades democráticas.

6. Su concepción política

Carlos Nino fue un liberal, no en el sentido espurio en el que a veces se usa esa palabra en nuestro medio, y que la hace sinónimo de conservador en lo político y de una ilimitada confianza en el mercado en lo económico, sino que asumió el liberalismo como una genuina posición moral que se opone frontalmente a cualquier concepción totalitaria de la sociedad. El liberalismo así entendido no constituye una posición de moralidad social neutral, sino que hace referencia a pautas morales de obligado cumplimiento y al respecto de ideales de excelencia personales. El liberalismo que propugna Carlos Nino, como él mismo sostiene, en modo alguno es escéptico, sino

que descansa en una concepción de lo que es socialmente bueno. En otras palabras, afirma que la autonomía de las personas para elegir y llevar a cabo planes y estilos de vida es intrínsecamente valiosa.

Este liberalismo moral trasladado a la práctica política constitucional es incompatible, como ya se puso de manifiesto al presentar su concepción de los derechos humanos, con cualquier forma de holismo, perfeccionismo y determinismo normativo. Sin embargo, es perfectamente compatible con los ideales de fraternidad, igualdad y democracia, ideales a los que parece implicar pero cuyo alcance debe ser determinado a través de la discusión democrática.

En varios trabajos ⁷⁷, Nino pretende mostrar que la práctica de la discusión moral es una institución protoliberal porque los valores y las reglas procedimentales que presupone conducen a principios liberales. Y por cierto, sostiene que se incurriría en una inconsistencia práctica si se participa en esa práctica moral y se niega al mismo tiempo principios o presupuestos que se asumen necesariamente al participar en esa práctica.

El liberalismo está asociado a la práctica del discurso moral de la modernidad a partir de la sunción del valor de la autonomía. De este presupuesto general, se deriva el principio moral específico de la autonomía, y que es propio de la concepción moral de la sociedad.

Ahora bien, en la concepción de Nino, la idea de autonomía implica la idea de separabilidad e independencia de las personas, y eso le lleva a defender un segundo principio liberal que limita la autonomía: el principio de inviolabilidad de la persona.

Pero estos dos principios no podrían fundar adecuadamente una sociedad liberal, sino que se necesita un tercero que legitime que los individuos puedan limitar sus derechos o adquirir obligaciones mediante actos de voluntad: el principio de dignidad de la persona. Estos tres principios constituyen una base normativa válida para derivar un conjunto amplio de derechos individuales básicos.

Por esa razón es que cualquier diseño institucional que se adopte sobre bases liberales debería contener una disposición semejante al artículo 19 de la Constitución Argentina que sostiene que las acciones privadas de los hombres que no dañen a terceros o al orden público no deben ser de incumbencia del Estado. Como también debería asegurar un catálogo de derechos individuales básico como a la vida y a la integridad física, y un lote de libertades

⁷⁷ Véase *Fundamentos de Derecho Constitucional*, pp. 163 y ss.; *El constructivismo ético*, pp. 111 y ss.; *Ética y derechos humanos*, pp. 92 y ss.

políticas garantizando el voto igual y la posibilidad de ser elector y elegido. Asimismo, debería haber una disposición que asegure algún tipo de propiedad privada y la posibilidad de disponer voluntariamente de los bienes. Estas normas formarían parte del núcleo del liberalismo. Pero si se acepta la distinción entre liberalismo conservador y liberalismo igualitario, Carlos Nino se inclina claramente por un liberalismo igualitario. Y un liberalismo igualitario se caracterizaría por ser absolutamente compatible con tres ideas que usualmente se han señalado como contrarias al liberalismo, como son la fraternidad, la igualdad y la democracia.

Poner de manifiesto la compatibilidad entre el liberalismo y el valor de la fraternidad es importante porque de ese modo no sólo se contribuye a dar claridad a determinadas formas de diseño institucional, sino también porque implica una respuesta a ciertas críticas del comunitarismo que si bien es cierto no son asumibles de un modo completo han servido para señalar algunos déficit del liberalismo. Carlos Nino acepta como un dato cierto que los individuos necesitan para alcanzar un desarrollo óptimo vincularse con otros, formar grupos e identificarse con otros. Normalmente, satisface esa necesidad a través de las instituciones familiares, los clubes, las asociaciones, las comunidades regionales, etc. Estos grupos generan relaciones afectivas y de cooperación, y el control social sobre sus miembros suele ser efectivo. Los individuos responderían a veces más a las pautas de moralidad social generadas por estos grupos que a los principios generales y universales. Y el liberalismo ha de dar respuesta a esta cuestión.

Carlos Nino acepta también que en ocasiones los intentos por resolver determinados problemas por los órganos centrales genera un déficit de imparcialidad, dado que el juzgador se encuentra muy alejado del juzgado, y eso hace que no se represente cuáles son sus intereses de un modo adecuado, sustituyéndola por representaciones demasiado abstractas y generales. Y aquí también el liberalismo ha de dar respuesta.

Con ese doble objetivo Nino pretende mostrar la compatibilidad entre el liberalismo y los requerimientos de la fraternidad. De hecho, las asociaciones y los grupos fraternales son admitidos por todas las constituciones liberales, y deben serlo a condición de que el ingreso y regreso de sus miembros se realice voluntariamente. Un diseño social liberal debería admitir y propugnar en algún caso diversas formas de uniones parciales, pero siempre voluntarias y expurgadas de cualquier pretensión holista o perfeccionista. De ahí que el divorcio, por ejemplo, sea una institución social más justa que aquella que sostiene la indisolubilidad del matrimonio.

Esta posibilidad de uniones fraternales no sólo serían legítimas en ámbitos privados, sino también en el público. No habría problemas, según Nino, entre una cierta descentralización institucional y un diseño liberal de la sociedad, que permita acercarse a los ciudadanos a sus administradores más inmediatos y con los que se sienta más identificados. «La descentralización institucional en barrios, municipios y regiones puede estar exigida por el imperativo liberal de imparcialidad, ya que la concentración de decisiones en núcleos que dominan ámbitos vastos y generales puede distorsionar la apreciación de los intereses involucrados»⁷⁸.

Y si el liberalismo es compatible con el ideal de fraternidad también lo es el con el de igualdad, al menos, según el autor argentino, en los términos siguientes. Sabido es que se ha acusado repetidamente al liberalismo de no tener en cuenta el ideal de igualdad. Frente a la tensión que mantiene con la libertad, se aduce, el liberalismo siempre ha hecho decaer el valor igualdad. El valor de la autonomía, por otra parte, cerraría las puertas a la solidaridad. Y el apoyo al mercado del liberalismo más su defensa de la propiedad privada lo harían cómplices incluso de la justificación de las mayores desigualdades.

Sin embargo, la existencia de defensores liberales fuertemente igualitarios como Kant, Mill, Rawls o Habermas originan ciertas dudas en Nino acerca de la oposición irreducible entre libertad e igualdad. En primer lugar, porque ambas tienen una estructura diferente. Se es o no libre independientemente de que otro lo sea, la libertad no es, en ese sentido, un valor relativo. Pero la igualdad sí es una idea relativa y comparativa. Se es más o menos igual a alguien, y respecto de ciertos bienes o propiedades. Y esta diferencia hace surgir la posibilidad de combinaciones diversas entre ambas. Nino sugiere no obstante que debe promoverse una distribución igualitaria de la libertad o autonomía personal⁷⁹. Como se recordará, el principio de inviolabilidad de la persona posibilitaba la reducción de la autonomía de ciertas personas para incrementar las de aquellos que tenían un nivel inferior de autonomía. Estas restricciones son deudoras evidentemente del principio de diferencia de Rawls. No implica una igualdad total entre la autonomía de todos, sino más bien el reconocimiento de que la mayor autonomía de unos estará justificada siempre que sirva para incrementar la autonomía de aquellos que la gozan en un grado menor. En todo caso, Nino sustenta una idea de igualdad «no como equiparación sino como no explotación: la mayor autonomía que

⁷⁸ Véase C. NINO: *Fundamentos de Derecho Constitucional*, p. 186.

⁷⁹ *Id.*, p. 188.

resulta ilegítima es la obtenida a costa de una menor autonomía de otras ⁸⁰.

Así entendido, el principio de inviolabilidad de las personas abre las puertas a la justificación de derechos positivos que restringen la libertad de otros en pos de la igualdad. ¿Hasta qué límites? Es una pregunta difícil de responder. Y «aunque ese límite no puede establecerse *a priori* mediante alguna fórmula precisa, es necesario concluir que los derechos positivos para favorecer la autonomía de los menos autónomos —sea directamente o sea a través del Estado— deben conservar algo que sea reconocible como elección y materialización de planes de vida ⁸¹.

Pero aunque no hay límites precisos, es obvio que el liberalismo igualitario propugna los llamados derechos sociales como una derivación de los derechos individuales. Y demostraría una inconsistencia práctica quien afirmara un derecho a la vida y no aceptara que hay un deber de procurar alimentos a los necesitados o medicamentos a los enfermos. Y si en opinión de Nino un liberalismo de ese cuño no se comprometería con un sistema económico determinado parece claro que cierra las puertas a un colectivismo totalitario y a un sistema de mercado absolutamente libre que genere lacerantes desigualdades. Pero entre estos dos extremos hay una serie de posibilidades intermedias que deben ser exploradas democráticamente.

En más de una ocasión se ha afirmado que la democracia es incompatible con el liberalismo. Se ha sostenido que frente a un sistema fuerte de derechos como los supuestos por los liberales, las decisiones mayoritarias carecen de sentido. Y si, por otro lado, la democracia debe respetar derechos, y el abanico de éstos se amplía, resultaría que las únicas cuestiones que podrían ser decididas por la democracia serían aquellas de un valor moral neutro. Pero en ningún caso sobre cuestiones sustantivas.

Pero las respuestas a estas cuestiones, afirma Nino, depende de la justificación de la democracia que se siga. Como ya se ha tenido oportunidad de ver, Nino piensa que la democracia se justifica por su valor moral epitémico. Es decir, que la decisión mayoritaria que se obtiene en un procedimiento regimentado como el democrático y que constituye un sucedáneo del discurso moral indica con más probabilidad de éxito cuáles son las decisiones moralmente correctas. No repetiré aquí sus argumentos.

Sin embargo, creo que es importante señalar, en este lugar, la idea de Carlos Nino acerca de la relación entre derechos y democracia para señalar cuál es, desde su punto de vista, la conexión entre esta última y el liberalismo.

⁸⁰ *Id.*, p. 192.

⁸¹ *Id.*, pp. 192-193.

Nino sostiene que hay dos tipos de derechos: aquellos que constituyen una precondition para el discurso democrático, es decir, son derechos *a priori* de ese discurso. La cantidad y el alcance de estos derechos es amplio, desde derechos individuales a derechos sociales, tal como se puso de manifiesto anteriormente. Pero existen otro tipo de derechos que son *a posteriori* del procedimiento democrático, ya que su existencia y alcance se determinan a partir del proceso de discusión y decisión colectiva. Pero lo importante de esta distinción es que los derechos *a priori* quedan al margen de la discusión democrática. Quien así no lo hiciera cometería una inconsistencia práctica. Como también quedaría excluido del procedimiento democrático cuestiones morales atinentes a los ideales de excelencia personal que incumben únicamente al individuo. Esto surge del reconocimiento del valor de la autonomía y del principio de dignidad de la persona. Sobre los ideales de excelencia personal la democracia carece de valor apistémico.

Pero cuál es la relación entonces entre derechos, democracia y liberalismo. Según Nino, «la justificación epistemológica de la democracia provee las bases para una conciliación entre el liberalismo y la democracia: la democracia, aun con todas sus imperfecciones, es el medio más apto para alcanzar el reconocimiento de los principios del liberalismo. Por cierto que esto requiere que la democracia satisfaga los derechos *a priori*, e implica además que el valor epistémico de la democracia se amplía o reduce en la medida en que el procedimiento de discusión y decisión se aproxime más o se aleje de las exigencias de una discusión amplia y abierta ...»⁸².

Esto hace que sea necesario adecuar las instituciones de la democracia para que sean capaces de cumplir con su función apistémica facilitando la libre discusión, las decisiones consensuadas, etc. Comencé este apartado afirmando que Carlos Nino fue un liberal, debería completar ahora la frase diciendo que efectivamente fue un liberal fraterno, igualitario y democrático.

La concepción liberal de Carlos Nino también se refleja en el tratamiento de las necesidades básicas, y que le lleva a asignarles un papel relevante en el marco de una concepción liberal de la sociedad⁸³. Nino asume que la noción de necesidades categóricas no está vinculada conceptualmente a las nociones de deseos o de preferencias. Las necesidades categóricas son aquellas que están supeditadas a fines que no dependen de los deseos o de las preferencias de los individuos. Y dado que un valor básico de una

⁸² *Id.*, p. 210.

⁸³ Véase C. NINO: «Autonomía y necesidades básicas», *DOXA* 7, 1989, pp. 21 y ss.

concepción liberal de la sociedad es la autonomía personal, las necesidades categóricas o absolutas deberían identificarse con estados de cosas que son prerequisites para esa autonomía si reclaman un lugar en esa concepción. Pero la autonomía personal, reconoce el autor argentino, tiene dos aspectos: el de su creación y el de su ejercicio.

Hay quienes ponen el acento en que los individuos tienen que ser tratados igualitariamente en el resultado del ejercicio de su autonomía. Valoran el acto mismo de elección de un plan de vida independientemente de la existencia de recursos disponibles. Una vez que el individuo ha hecho su elección se compromete al resto de las personas para que contribuyan a sufragar los bienes necesarios para satisfacerlos. De ese modo, un individuo alcanzará el mismo grado de satisfacción que el resto, a quienes se les garantiza, a su vez, la satisfacción de los resultados que surgen de la elección de sus respectivos planes de vida.

Hay, en cambio, quienes ponen el acento en las condiciones para elegir planes de vida materializables. Aquí se valora la capacidad y creatividad para escoger planes de vida de acuerdo a recursos existentes. Pero esta articulación de la autonomía, dice Nino, que es más atractiva que la anterior, requiere situar la autonomía en un contexto de una concepción del bien más amplia. Esta haría referencia a la idea de autorrealización, entendida como la actualización plena y equilibrada de las capacidades⁸⁴ de un individuo. Habría una gran variedad de alternativas para que cada uno ejercite sus propias capacidades, y lo que se valora es la propia creatividad para explotarlas.

Esta posición sugiere que se deberían igualar a los individuos en la dimensión de sus capacidades, por la que habría que satisfacer aquellas necesidades básicas que constituyen un presupuesto para ello. Esto es importante porque supone que parte de los recursos públicos deberían dirigirse a cumplir los prerequisites para una elección de planes de vida realizables en algún grado, y no para satisfacer las preferencias individuales. «Sólo de este modo promovemos la creatividad de los individuos en la plasmación de su vida, que no es un mero ejercicio inicial de la imaginación, sino que consiste en una virtud que se manifiesta en todas las opciones que hacemos

⁸⁴ C. NINO: utiliza aquí la noción de «capacidad» en el sentido de «capacity», de A. Sen emplea el término «capacity» para hacer referencia a lo que el individuo puede hacer y no a lo que de hecho hace o es. Esto es interesante porque dos individuos pueden con idénticos bienes ser o hacer cosas diferentes a partir de la posibilidad que tienen de hacer diversas combinaciones de éstos. La posición igualitaria de Sen se reflejaría a nivel de las «capacities».

en el curso de nuestra vida, dadas ciertas condiciones preexistentes que no se van adaptando a cada una de esas previsiones ⁸⁵.

De lo dicho se infiere que el Estado debe contribuir a la maximización de las capacidades de los individuos, pero compete a ellos decidir el camino de entre las múltiples alternativas que se ofrecen. Y eso debido al papel central del valor del bien de la auto realización.

Pero hay otro punto, según Nino, en que las necesidades básicas juegan un papel relevante en la concepción liberal de la sociedad. Y es que si se pusiera el acento en la satisfacción de las preferencias individuales, la satisfacción de las preferencias de unos colisionaría con la de los otros. Y la vida de un individuo se vería afectada gravemente por las decisiones de los otros. Esto, sin embargo, se enfrenta con el principio liberal de inviolabilidad de la persona que prohíbe la afectación de un individuo mediante decisiones de otro, a menos que estén justificadas intersubjetivamente. El reconocimiento de ciertas necesidades básicas que se han de satisfacer es importante para una distribución igualitaria de bienes destinadas a satisfacer, a su vez, las condiciones para el ejercicio de las capacidades de los individuos, y sirve de protección a las decisiones y preferencias de otros. «De ese modo, el concepto de necesidades básicas no sólo sería central en una concepción liberal de la sociedad, sino que haría de puente —al permitir su satisfacción simultánea— entre las dos ideas básicas del liberalismo: la de que los fines de los individuos deben ser respetados y la que todo individuo es un fin en sí mismo ⁸⁶.

La concepción liberal de Carlos Nino también se manifiesta en su defensa que de esa concepción realiza frente al ataque de los comunitaristas ⁸⁷. Como se sabe, el comunitarismo recibe las influencias directas de Hegel, de quien toma el carácter eminentemente social del hombre y la idea de la existencia de una relación necesaria entre la moral y las costumbres de la sociedad, y también de Aristóteles, de quien rescata la idea del bien vinculado a la naturaleza del hombre. Entre los comunitaristas más beligerantes hacia las posiciones liberales convendría citar a A. MacIntyre, M. Sandel, C. Taylor y M. Walzer. En su defensa del liberalismo, Nino utiliza el siguiente esquema

⁸⁵ *Id.*, p. 32.

⁸⁶ *Id.*, p. 34.

⁸⁷ Véase C. NINO: *Ética y derechos humanos*, pp. 129 y ss.; *Fundamentos de Derecho Constitucional*, pp. 178 y ss.; *El constructivismo ético*, pp. 137 y ss.; «Liberalismo "versus" comunitarismo», *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, número 1, septiembre-diciembre 1988, pp. 363 y ss.; su versión inglesa, «The Communitarian Challenge to Liberal Rights», *Law and Philosophy* 8, 1989, pp. 37 y ss.

argumental: describe, en primer lugar, la reconstrucción que de la doctrina liberal hace el comunitarismo. Presenta, en segundo lugar, las críticas comunitaristas, y luego trata de someterlas, a su vez, a un examen crítico. En la presentación de sus tesis, seguiré este mismo esquema.

Según los comunitaristas, por boca de MacIntyre, el liberalismo se caracterizaría por cinco notas: *a)* la moral está constituida por reglas que serían aceptadas por cualquier persona racional en circunstancias ideales; *b)* se supone que esas reglas son neutrales respecto de los intereses de los individuos; *c)* las pautas morales son neutrales frente a las diversas concepciones de lo bueno que los individuos sustenten; *d)* los destinatarios de las reglas morales son individuos y no entes colectivos; *e)* las reglas morales deben ser aplicadas de igual modo a todos los seres humanos.

Ahora bien, presentando de una manera breve, las principales críticas que impugnarian cada una de esas notas liberales que, según Carlos Nino, el comunitarismo dirige a los liberales serían: 1) los liberales, a fuerza de abstracción y de universalidad, vacían de contenido la moral, tornando imposible extraer pautas morales sustantivas. No se puede mantener una tesis de la moralidad independiente de una concepción de lo bueno; 2) los individuos, bajo el prisma liberal, son demasiado abstractos y universales, y no pueden constituir la base de una moralidad social. La neutralidad liberal respecto de los ideales de excelencia humana sólo es posible si se asume que los agentes morales son seres noumenales y que su identidad es independiente incluso de sus deseos y preferencias; 3) los liberales mantendrían una concepción atomista de los seres humanos, en el sentido de presentarlos autosuficientes e independientes de cualquier contexto social, cuando en realidad no puede pensarse en ellos sino es como pertenecientes a una comunidad. Su pertenencia a ella determinaría su identidad personal.

A partir de aquí, trata de distinguir los siguientes aspectos que serían característicos del planteo comunitarista. «En primer lugar, la derivación de los principios de justicia y corrección moral de una cierta concepción de lo bueno. En segundo término, una concepción de lo bueno en que el elemento social es central e incluso prevalente. En tercer término, una relativización de los derechos y las obligaciones de los individuos a las particularidades de sus relaciones con otros individuos, a su posición en la sociedad y a las peculiaridades de ésta. Finalmente, una dependencia de la crítica moral respecto de la práctica moral de cada sociedad, tal como aquélla se manifiesta en las tradiciones, convenciones e instituciones sociales»⁸⁸.

⁸⁸ Véase «Liberalismo “versus” comunitarismo», p. 366.

En realidad las tesis comunitaristas tienen, sigue diciendo Nino, dos caras, una amable de crítica aguda y no siempre desdibujada al liberalismo y otra torva, preocupante, que la hace incurrir en posiciones perfeccionistas, holistas y de un cierto relativismo conservador. En efecto, la primacía de lo bueno sobre los derechos individuales justifica medidas perfeccionistas, porque si los derechos son instrumentos para la satisfacción de lo bueno habría que prescindir de ellos cada vez que haya una colisión. E imponer la idea de lo bueno, en consecuencia, aun en contra de la voluntad de los individuos. Por otra parte, la primacía de lo social en una concepción de lo bueno puede promover políticas de sacrificios personales en favor de la comunidad. Por último, la dependencia de la crítica respecto de la práctica moral originaría un relativismo conservador, ya que supondría que el último árbitro en los conflictos morales es la práctica social vigente.

La estrategia que propone Nino para hacer frente a los embates del comunitarismo consiste en debilitar algunas propuestas de los supuestos del liberalismo, al mismo tiempo que se fortalece el núcleo de la concepción liberal. En ese sentido, el comunitarismo habría servido para poner de manifiesto algunas falencias de ciertas posiciones liberales.

Es cierto, sostiene el autor argentino, que hay que debilitar el supuesto de la radical disociación de la crítica de la práctica moral y que no debería darse como algo definitivo una concepción de la democracia, sino que debería asumirse la práctica de la discusión moral con sus presupuestos y procedimientos tal como se la conoce hoy en el mundo occidental.

Que esta práctica consista fundamentalmente en dar argumentos en favor o en contra de determinada posición hace que se vincule estrechamente con la crítica. Lo único que queda excluido de toda crítica es la práctica de criticar. De este modo, se aceptaría un cierto convencionalismo o relativismo muy moderado en opinión de Nino.

Y si la función de la práctica moral es la de superar conflictos facilitando la cooperación entre las personas, a través de la búsqueda del consenso, parece obvio que ciertas reglas de esa misma práctica estarán determinadas por los objetivos que pretenden alcanzar. Tal vez porque los principios deben aceptarse por su propio mérito de forma libre y voluntaria es que su aceptabilidad debe hacerse de una manera contrafáctica bajo condiciones ideales de racionalidad e imparcialidad, sosteniendo principios generales y universales. «Esto implica que el comunitarismo incurre en una radical contradicción: por un lado, defiende una posición meta ética relativista y convencionalista y, por el otro, critica a la cultura vigente por incorporar como elementos

esenciales los presupuestos del liberalismo kantiano. Pero es el hecho de que estos presupuestos estén incorporados efectivamente a nuestro discurso moral, inclusive al de los mismos comunitarios, lo que los convierte en incuestionables. De este modo, el embate comunitario presupone, si es cierto lo que sus exponentes mismos dicen acerca de la cultura común, lo que él está atacando. Más que un intento de argumentar en contra de esos presupuestos ese embate parece una tentativa de cambiarlos ⁸⁹.

La incardinación de la práctica del discurso moral en la cultura occidental permite obviar, según Nino, ciertos ataques comunitaristas que hacen referencia a la idea de persona moral del liberalismo como seres aislados del contexto social, separados entre sí e independientes de sus deseos y preferencias. Parece claro que esa crítica es excesiva y que los liberales no describen a los hombres de carne y hueso con esas características. En realidad, pensar de esa manera constituye una construcción heurística de los presupuestos normativos del discurso moral. Y aunque los comunitaristas aceptaran esto quedaría por responder a una de sus críticas más fuertes, y es que con tal construcción no se podrían inferir normas morales sustantivas. Efectivamente, parecería imposible poder derivar derechos sin alguna concepción de lo bueno.

Pero los liberales mantienen una concepción de los que es socialmente bueno. Y esta viene dada por el reconocimiento del valor de la autonomía. De modo que el discurso moral no se conforma sólo con reglas procedimentales, sino que incorpora el valor sustantivo de la autonomía, tal como se vió al tratar la fundamentación de los derechos humanos.

Esta concepción liberal sustantiva del bien que incluye de una manera especial el valor de la autonomía debería hacer referencia, según Nino, a la idea de autorrealización —en el sentido asignado en páginas anteriores—. «Me parece —dice Nino— que el núcleo central del liberalismo kantiano se fortalece considerablemente si se hacen estas dos concesiones al comunitarismo: es cierto que la crítica moral tiene que tener contacto con la práctica moral; pero precisamente nuestra cultura cuenta con una práctica que somete a todas las demás convenciones y tradiciones a la crítica, conforme a principios universales aceptables imparcialmente. También parece ser cierto que tal práctica del discurso moral presupone una concepción plena del bien, sin la cual no podría conducir a los principios que los liberales defienden; pero esa concepción del bien, aunque no se agota en el valor de autonomía imparcialmente distribuida, lo incluye como componente esencial, y toda acción que en nombre del bien perjudique tal autonomía es autofrustrante» ⁹⁰.

⁸⁹ *Id.*, p. 371.

⁹⁰ *Id.*, p. 376.

Hace ya muchos años, Manuel Atienza publicó un trabajo ⁹¹ sobre la filosofía del Derecho en la República Argentina. En él se puede advertir con claridad las tesis fundamentales de los principales iusfilósofos argentinos. En opinión de Atienza era necesario por aquella época encarar estudios acerca de la legitimidad del Derecho y de los derechos humanos descuidados hasta ese momento, o desarrollados de manera parcial, incompleta, insuficiente y conservadora por neotomistas que, en mi opinión, no tenían —ni tienen— relevancia teórica alguna. Carlos Nino era señalado como uno de los jóvenes iusfilósofos más destacados de Argentina. Y fue Carlos Nino precisamente quien iba a trabajar en esos campos donde mayor era de déficit teórico de la reflexión iusfilosófica practicada en Argentina. Haber sacado los problemas de justificación del derecho y de los derechos humanos de las oscuridades del pensamiento iusnaturalista argentino y haberlos situado en un contexto de discusión donde reina el rigor y grandes dosis de claridad —independientemente de si sus tesis son o no compartidas— ha sido uno de los principales méritos de Carlos Nino.

Exponer las ideas con claridad ha sido y es una de las preocupaciones centrales de quienes se reivindican filósofos analíticos. Pero esa preocupación por la claridad y el análisis los ha conducido en ocasiones a trabajar en niveles de abstracción tal altos y a crear un aparato conceptual tan sofisticado que se produce un alejamiento del problema que se quería resolver cuando se inició el análisis. Esto es particularmente preocupante en la filosofía del Derecho. El centro de reflexión iusfilosófica ha de ser, obviamente, el Derecho, y los resultados que se obtengan de esa reflexión han de ser útiles a la práctica jurídica. Carlos Nino era absolutamente consciente de ello, y siempre trató de vincular los aspectos más abstractos del quehacer filosófico con el derecho positivo, en sus primeros trabajos haciendo referencia al Derecho penal, en los últimos al Derecho Constitucional. Unió al rigor conceptual analítico el intento de formular soluciones a problemas materiales de Derecho positivo. Trataba de escribir y enseñar simplemente «Derecho» y, en ese sentido, su actividad se cercaba más a la de un profesor estadounidense que a la típica de un profesor de nuestro ámbito cultural. Desde un punto de vista

⁹¹ Véase M. ATIENZA: *La filosofía del Derecho en la Argentina actual*, Buenos Aires, 1984. En realidad, el manuscrito había sido escrito y presentado como tesis doctoral en 1976.

meramente descriptivo, se puede decir que Carlos Nino fue el más «anglosajón» de los filósofos del Derecho de lengua hispana.

Su concepción de los derechos humanos y de la justificación de la democracia han tenido un fuerte impacto. Desde el punto de vista teórico, sus tesis fueron receptadas y discutidas no únicamente en el ámbito de lengua castellana, sino también alemana, inglesa o italiana. Eso se puede advertir claramente en las múltiples citas que hacen de sus obras, en las traducciones de sus trabajos, en la publicación de originales en otras lenguas, etc. El creciente interés por su pensamiento también se pone de manifiesto que la universidad de Yale organizará en septiembre de 1994 un congreso de Filosofía del Derecho en su homenaje o que Robert Alexy impartirá un curso en Kiel en el semestre de verano de 1994 sobre el libro *The Ethics of Human Rights*, en mi opinión, su libro más afamado.

Desde el punto de vista práctico, su influencia puede apreciarse en diversas medidas del gobierno de Alfonsín, sobre todo en materia de derechos humanos, y en muchísimas recomendaciones sobre diversos proyectos de reforma a la Constitución Argentina.

Fue también un gran profesor, y sus discípulos, en Argentina y en Estados Unidos, son numerosos. Fue, asimismo, un hombre generoso de su tiempo, y era frecuente que dedicara horas enteras en la formación de gente joven. Persuadido de que no había otra manera de encarar los problemas si no es a través de la discusión racional, ya que ésta no sólo eliminaba los errores en el razonamiento propio y evitaba los dogmatismos sino que contribuía a la expansión de la vigencia de los derechos humanos y de la democracia, se preocupó por crear instituciones que posibilitaran un marco para el desarrollo de esa discusión racional dado las penurias no sólo económica de las universidades públicas argentinas. Junto a Eugenio Bulygin, Genaro Carrió y otros fundó el *Centro de Estudios Institucionales* —CEI—. Pronto el CEI se convirtió en un lugar de encuentro de diversas culturas jurídicas, desde italianos a estadounidenses, de filandeses a españoles, de alemanes a mejicanos. Todos recibieron el aporte cordial y generoso de Nino.

Carlos Nino tenía la pretensión de que su obra formaba un todo compacto y coherente. Pero estaba en plena madurez y sus tesis todavía en desarrollo. Algunas de sus afirmaciones más radicales provocan no pocos interrogantes, exponerlos aquí desvirtuarían el objetivo de esta presentación. Pero no está nada claro que se deba aceptar sin más que la democracia, ni siquiera como ideal regulativo, tenga función epistémica o que su concepción acerca de la justificación consensual de la pena sea útil para legitimar el castigo de

quienes violan los más elementales de los derechos humanos. Y a pesar de su intento por volver a vincular la política, la moral y el Derecho tampoco está claro que ese propósito resulte exitoso. Pero a pesar de las dudas o los desacuerdos que la obra de Carlos Nino pudiera provocar es de justicia reconocer que subyacente a cualquiera de sus posiciones se encontraba el examen de una tesis. Sus trabajos son sugerentes e intelectualmente excitantes, e invitan al desarrollo y perfeccionamiento de su línea argumental. Tal vez ese sea el mejor de sus legados.

Conocí a Carlos Nino hace mucho tiempo, me beneficié de su amistad y de su altura intelectual. Siempre dispuesto al diálogo encontraba un momento entre sus múltiples preocupaciones para discutir una idea, leer un manuscrito o debatir sus propios argumentos. En los últimos tres años visitó Barcelona y la Universidad Pompeu Fabra repetidas veces. En las sesiones maratónicas de seminarios era incansable. Después de tres o cuatro horas discutiendo no éramos conscientes de si había vencido por la fuerza de sus argumentos o, simplemente, por agotamiento físico de sus contradictores. Era también un hombre despistado, tanto como para acudir a cenar a mi casa veinticuatro horas después del día fijado. Usaba siempre americanas que le iban un tanto estrechas, y mientras cogía con ambas manos sus solapas en un gesto inútil por acercarlas, a la vez que levantaba la cabeza para dirigirse a sus interlocutores dada su no muy alta estatura, solía dar nerviosos pasos lanzando una catarata de palabras que anonadaban. Hacerle callar era imposible, que dejara de trabajar, también.

Su muerte deja un profundo vacío. No sólo porque nos priva de uno de los más brillantes teóricos y filósofos del Derecho (no sólo de habla castellana), sino también porque nadie como él se ha preocupado tan intensamente por la formación de nuevas generaciones y por estimular el diálogo entre juristas de diferentes tradiciones. Soy un deudor más de los muchos que Carlos Nino tiene. Mi actual estancia en Yale se debe en parte a su insistencia y en parte a un proyecto común. Todos perdimos con su muerte.



